Zurückbehaltungsrechte aus verjährten Forderungen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät

der

Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität
zu Breslau

vorgelegt von

Joseph Veit,
Referendar.

ACAD.
LIBRAT.
RIEL.

Berlin.
Verlag von R. Trenkel
1912.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Leonhard.

Korreferent: Professor Dr. Herbert Meyer.

Meinen lieben Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung: Kurzer historischer Überblick über das Zurückbehaltungsrecht und Aufgabe. 11

A. Das Zurückbehaltungsrecht des BGB.

§ 2. Wesen und Zweck desselben. 17

§ 3. Seine Voraussetzungen, insbesondere Klarlegung des Begriffes „fälliger Anspruch“:

a) Das BGB. kennt einen einheitlichen Fälligkeitsbegriff. . . 23

b) Widerlegung des Fälligkeitsbegriffes im engeren Sinne; hierbei:

aa) Begriff der materiellen Einrede. 26

bb) Entgegenstehende Einreden vernichten weder den Anspruch noch seine Fälligkeit. 27

c) Widerlegung des Fälligkeitsbegriffes im weiteren Sinne; es gibt Ansprüche auf künftige Leistung. 28

d) Zur Ausübung des Zurückbehaltungsrechts genügt ein klagloser Anspruch. 31

§ 4. Im Recht der Schuldverhältnisse sind Anspruch und Forderung identisch. 32

B. Wirkung der Verjährung auf den Anspruch.

§ 5. Allgemeines über Gegenstand und Wirkung der Verjährung. . 41

§ 6. Wirkung der Verjährung im BGB.:

1. Der Anspruch bleibt bestehen, er wird nur mit einer Einrede behaftet. 49

2. Der Anspruch bleibt auch fällig. 52

§ 7. Die verjährte Forderung ist keine natürliche Verbindlichkeit: 54

1. Sie ist nicht von Amts wegen zu beachten; 56

2. Sie ist klagbar. 57

§ 8. Einfluß der Verjährung auf Einreden, welche sich auf den verjährten Anspruch gründen. 59

C. Ergebnis und Stand der Frage in der Literatur. 62

Literaturverzeichnis.

1. Abbegg: Die Verjährung der Einreden. Dissertation Güttingen, 1903.
2. Albrecht: Die verschiedenen Fälle des Zurückbehaltungrechts nach BGB. Dissertation Rostock. 1907.
3. Breuer: Das Zurückbehaltungsrecht des BGB. Dissertation Bonn. 1904.
4. Brückner, G.: Das Zurückbehaltungsrecht des Schuldners auf Grund einer verjährten Forderung. Dissertation Breslau. 1910.
5. Bucerius: Erörterung der Begriffe exceptio, Einrede und Einwendung. Göttingen. 1898.
6. Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. 1903.
7. Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1900.
8. Demelius, G.: Untersuchungen aus dem römischen Zivilrecht, Bd. I. 1856.
9. Dernburg: Bürgerliches Recht. Bd. I. 3. Aufl. 1906.
10. Dernburg-Engelmann: Allgemeine Lehren der Schuldenverhältnisse. 4. Aufl. 1909.
11. Dernburg: Kompensation. 2. Aufl. 1868 (Dernburg, Komp.)
12. Dernburg: Pandekten. Bd. I, 7. Aufl. 1902. (Dernburg, Pand.)
13. Eck: Vorträge über das bürgerliche Recht Bd. I. 1903.
14. Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I. 1903.
15. Engelmann: Das bürgerliche Recht Deutschlands usw. 5. Aufl. 1909.
16. Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 4/5 Aufl. Bd. I, erste (1909) und zweite Abteilung (1910).
17. Fischer: Recht und Rechtsschutz. 1889.
18. Fischer-Henle: Handausgabe des BGB. mit Anmerkungen. 7. Aufl. 1906.
19. Friedenthal, F.: Einwendung und Einrede in der CPO. und dem BGB. für das Deutsche Reich. Jena 1898.
20. Goldschmidt: Handbuch des Handelsrechts. Bd. 1. 1868.
21. Hellwig: Anspruch und Klagrecht. 1900.
22. Heymann: Das Vorschützen der Verjährung. Breslau 1895.
23. Hoegen, von: Die Wirkungen der Verjährung nach dem BGB. Dissertation Rostock. 1906.
24. Hölder: Kommentar zum allgemeinen Teil des BGB. 1900.

25. Hölder: Über Ansprüche und Einreden, im Arch. f. d. ziv. Pr. Bd. 93. (Hölder, Arch.).
26. Klingmüller: Die Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten. 1905 (Klingmüller, obl. nat.).
27. Klingmüller: Über Klagenverjährung und deren Wirkung in der Festgabe für Felix Dahn, Teil II (Klingmüller, Festgabe).
28. Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum BGB. Bd. I. 1898.
29. Langfeld: Die Lehre vom Retentionsrecht nach gemeinem Recht. 1886.
30. Langheineken: Anspruch und Einrede nach dem BGB. 1903.
31. Leonhard: Allgemeiner Teil des BGB. 1900.
32. Leonhard: Ein Beitrag zur Lehre vom Beginn der Verjährung in Iher. Jahrb. Bd. XVII.
33. Moeller: Der (schuldrechtliche) Anspruch und das Schuldverhältnis als Einheitsverhältnis. Dissertation Würzburg. 1909.
34. Mugdan-Falkmann: Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (OLG.).
35. Oertmann: Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1906.
36. Planck: Kommentar zum BGB. 3. Aufl. 1907.
37. Planitz: Das Wesen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts geschichtlich entwickelt. Dissertation Leipzig. 1906.
38. Regelsberger: Zur Lehre von der Wirkung der Anspruchsverjährung. In Jherings Jahrbücher. Bd. 41.
39. Reichsgerichtsentscheidungen (RGE.).
40. Rieger: Das Zurückbehaltungsrecht des BGB. Dissertation Tübingen. 1901.
41. Rehbein: Das BGB. mit Erläuterungen. Bd. II. 1903.
42. Savigny: System des heutigen römischen Rechts. Bd. V. 1841.
43. Schäfer: Das Zurückbehaltungsrecht zur Sicherung verjährter Ansprüche in der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern. 1. Jahrg. 1905 (S. 437 ff.).
44. Schenck: Die Lehre von dem Retentionsrechte. 1837.
45. Schlegelberger: Das Zurückbehaltungsrecht in Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß. 12. Bd. 1905.
46. Schoenenberg: Die Voraussetzungen der im § 273 Abs. 1 des BGB. geschaffenen Retentionsbefugnis. Dissertation Gießen. 1901.
47. Schollmeyer: Recht der Schuldverhältnisse. I. Bd. 1900.
48. Siber: Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht. 1903.
49. Simon: Das Zurückbehaltungsrecht des BGB. in der Juristischen Monatsschrift für Posen und Preußen. 1. Jahrg. 1898 (S. 65 ff.).
50. Sohm: Institutionen. 12. Aufl. 1905.
51. Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. 1897.
52. Staudinger-Loewenfeld-Riezler: Kommentar zum BGB. 5/6. Aufl. 1910 (Staudinger I.).
53. Staudinger-Kuhlenbeck-Kober: Kommentar zum BGB. 5/6. Aufl. 1910 (Staudinger II.).

54. von Tuhr: Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. Leipzig 1910. Erschienen im systematischen Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft.
55. Weiß: Verjährung und gesetzliche Befristung. Dissertation München. 1905.
56. Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. 1906.
57. Windscheid: Die actio des römischen Zivilrechts. 1856. (Windscheid: actio.)
58. Zitelmann: Allgemeiner Teil des BGB. 1902.

---

59. Motive zum Entwurfe eines BGB.
60. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung.

(Wo das Zitat nicht besonders in Klammern vermerkt ist, wird nur der Name des Schriftstellers angegeben.)

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545317_0021

§ 1.

Einleitung.

Kurzer historischer Überblick über das Zurückbehaltungsrecht und Aufgabe.

Das Zurückbehaltungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, das Recht des Schuldners, seine eigene geschuldete Leistung zu verweigern, bis die ihm gebührende Gegenleistung bewirkt wird, wenn er aus demselben rechtlichen Verhältnisse, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger hat (§ 273, Abs. 1 BGB.), fußt auf römisch- und gemeinrechtlicher Grundlage. Das deutschrechtliche Zurückbehaltungsrecht — auch im germanischen Recht hatte sich ein solches entwickelt — hat weder auf das Zurückbehaltungsrecht des gemeinen Rechts, noch auf das des BGB. Einfluß ausgeübt.

Es sei gestattet, hier einige Worte über das Zurückbehaltungsrecht des deutschen Rechts zu sagen. Eine typische Bedeutung ist ihm nicht beizumessen. Die in den Quellen erwähnten Zurückbehaltungsrechte sind vielmehr nur singuläre Bestimmungen. Allen Fällen aber ist gemeinsam das Erfordernis fehlerfreier Besitzerlangung und der Konnexität [1]). Die Wurzeln des deutschen Zurückbehaltungsrechtes sind wohl in der eigenartigen Gestaltung des germanischen Schuldrechtes zu suchen. Dem deutschen Schuldverhältnis war eigentümlich, daß zur Schuld noch die Haf-

[1]) Vgl. Planitz S. 55 ff.

tung treten mußte, nur aus dieser konnte geklagt werden. Diese Haftung war eine Verpfändung ursprünglich der Person, die dann mit Leib und Leben haftete, dann ihrer Treue und schließlich des Vermögens [1]). Sollten einzelne Vermögensgegenstände haften, so mußten sie in die Gewere des Gläubigers gebracht werden.

Dies darum, weil wir es mit einer Verpfändung zu tun haben, und bei dieser Publizität erforderlich war. Wenn nun die Haftung begründet und die Forderung fällig war, der Schuldner jedoch die Herausgabe der Sachen und die Befriedigung verweigerte, so hatte der Gläubiger das Recht auf eigenmächtige Pfändung, die durch Einbringung der Sachen in die Gewere des Gläubigers erfolgte. Auf Grund der Haftung und der Gewere konnte der Gläubiger bei Säumnis des Schuldners Befriedigung aus dem Haftungsgegenstande suchen, er hatte ein allgemeines Befriedigungsrecht. Das deutsche Haftungsverhältnis ruft also eine sehr starke Verstrickung der Person und des Vermögens des Schuldners hervor, es gibt dem Gläubiger eine sehr starke Macht, die schließlich vom Selbstbefriedigungsrechte gekrönt wird [2]). Diese gewaltige Kraft der deutschen Schuldhaftung, das Befriedigungsrecht und die Publizität des Schuldverhältnisses sieht Planitz [3]) als Ursprung der Zurückbehaltungsfälle aus „gelobter Schuld“ an. Hierher gehören nach ihm [4]) die Zurückbehaltungsrechte des Handwerkers und Hirten wegen des Arbeitslohnes, des Vermieters wegen des Mietzinses, des Wirtes wegen des Kostgeldes und des Seemanns wegen seiner Fracht. Daneben kennt Planitz Zurückbehaltungsfälle aus „ungelobter Schuld“ und nennt hier das Zurückbehaltungsrecht des Finders am Fundobjekt wegen seines Fundlohnes, das des Wirtes am eingestellten Vieh wegen der Futterkosten und das des Seemanns am Frachtgut wegen des Ungeldes. In diesen Fällen unge-

[1]) Vgl. Planitz S. 35 ff.
[2]) Vgl. Planitz a. a. O.
[3]) A. a. O.
[4]) S. 35.

lobter Schuld sieht Planitz [1]) mit Schlegelberger [2]) lediglich Ausflüsse des Sachenrechts, was richtig ist; denn da die Haftung der Person fehlt, so fallen auch ihre Wirkungen fort. Hier beruht das Zurückbehaltungsrecht nur auf der Gewere; denn kraft der Gewere hat der Inhaber die Vermutung für sich, daß der in ihr zutage tretende tatsächliche Zustand dem materiellen Recht entspricht. Kraft dieser gegenwärtigen Gewere wird der „Anspruch auf Rückgewähr auf einen Anspruch auf Rückgewähr gegen Befriedigung eines Gegenrechtes, d. h. auf einen Lösungsanspruch in diesem Sinne“ herabgemindert [3]).

Im Gegensatz zu Planitz sieht Schlegelberger in sämtlichen Fällen des deutschen Zurückbehaltungsrechtes nur Gebilde des Sachenrechts. Nach ihm ist das deutsche Zurückbehaltungsrecht: „ein eigenartiges dingliches Recht, setzt einen infolge Kundbarkeit beachtlichen Anspruch des Inhabers der gegenwärtigen Gewere voraus und erlischt mit dessen Erfüllung. Bis dahin schränkt es die Offensivkraft der früheren Gewere derart ein, daß die Klage um Gut nur Erfolg hat, wenn gleichzeitig der Gegenanspruch befriedigt wird [4])“.

Im alten Rom haben wir ursprünglich kein Zurückbehaltungsrecht [5]). Nicht dem Gesetze verdankt es seinen Ursprung, es entstand vielmehr als ein Bedürfnis des sich immer steigernden Verkehrs auf dem Wege der Praxis, die Billigkeit schuf es [6]). So ist es zuerst bei den bonae fidei iudicia, infolge des freien Ermessens des Iudex zu allgemeiner Geltung gekommen [7]). Schenck a. a. O. sieht die ersten Anfänge des Zurückbehaltungsrechts in den retentiones ex dote. Als seine älteste Erwähnung sieht

[1]) S. 57.
[2]) S. 18 ff.
[3]) Vgl. Planitz a. a. O.; Schlegelberger S. 20.
[4]) S. 48.
[5]) Vgl. Dernburg, Komp. S. 365.
[6]) Vgl. Dernburg, Komp. a. a. O.; Dernburg II S. 143 f.; Schenck S. 2, 31.
[7]) Dernburg, Komp. a. a. O.

Dernburg[1]), die l. 2 pr. D. de lege Rhodia de iactu 14, 2 an, nach der der Schiffsführer die geretteten Waren so lange gegenüber der actio locati sollte zurückbehalten können, bis der Schaden den Eigentümern der geopferten Waren verhältnismäßig ersetzt war. Eine einheitliche Regelung des Zurückbehaltungsrechts kennt aber das römische Recht nicht. Es beschränkt sich darauf, von Fall zu Fall zu entscheiden, ob ein Zurückbehaltungsrecht für vorliegend angesehen werden soll[2]). Wie wenig man es beachtet hat, geht auch daraus hervor, daß wir im Corpus iuris keinen einheitlichen Titel über das Zurückbehaltungsrecht finden. Die Fälle des Zurückbehaltungsrechts sind im ganzen Corpus iuris verstreut[3]). Man hatte nicht einmal eine einheitliche Bezeichnung für dasselbe. Retinere, retentio bedeuten häufig nicht das Zurückbehaltungsrecht. Retinere wird bald in grammatischer, bald in juridischer Bedeutung gebraucht. Hier bedeutet es lediglich „zurückhalten, erhalten, aufhalten“ usw., ohne daß an irgendeine Beziehung zum Zurückbehaltungsrecht zu denken wäre[4]). In juridischer Bedeutung wird es neben der Bezeichnung für das eigentliche Zurückbehaltungsrecht auch für compensare gebraucht[5]). Wird das Zurückbehaltungsrecht gegeben, so erscheint es als ein Anwendungsfall der exceptio doli[6]), jener exceptio, die jedem Begehren entgegentrat, das gegen die Billigkeit, gegen Treu und Glauben verstieß, und von deren Anwendung durch den Prätor es heißt: „Ideo autem hanc exceptionem praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit[7]). Als ein Gebilde

---

[1]) Komp. a. a. O.

[2]) Vgl. Stammler S. 102; Breuer S. 1 f.

[3]) Vgl. Langfeld S. 1 ff.; Schenck S. 32.

[4]) Vgl. Schenck S. 33 f. und die dort genannten Quellenstellen; Schlegelberger S. 3 f.

[5]) Vgl. Schenck a. a. O.

[6]) Langfeld S. 14 f.; Schenck S. 31.

[7]) l. 1, 1 D. 44, 4.

der Billigkeit bezeichnete man das Zurückbehaltungsrecht selbst als exceptio doli[1]). Ein allgemeines Prinzip jedoch, welches in jedem einzelnen Falle die Frage der Anwendbarkeit des Zurückbehaltungsrechts zu entscheiden gestattet, ist, wie schon erwähnt, in Rom nicht aufgestellt worden.

Auch das ältere gemeine Recht regelte das Zurückbehaltungsrecht noch nicht einheitlich. Erst das jüngere gemeine Recht hat ein Retentionsinstitut geschaffen, aber noch viele Fragen von grundlegender Bedeutung blieben äußerst bestritten. Die Beschaffenheit der zu retinierenden Leistung und das Verhältnis der wechselseitigen Ansprüche des Retentionsberechtigten und des Retentionsgegners blieben hauptsächlich unklar[2]) [3]). Hier brachte vor allem Goldschmidt[4]) einige Aufklärung, indem er einen einheitlichen Konnexitätsbegriff aufstellte und das Zurückbehaltungsrecht nicht nur an Sachen, sondern an Leistungen jeder Art anerkannte. Eine generelle Regelung aber blieb dem gemeinen Recht fremd.

In den modernen Kodifikationen wurde das Zurückbehaltungsrecht beachtet. So bringt „das preußische allgemeine Landrecht“ von 1794 eine gesetzliche Regelung des Zurückbehaltungsrechts (I, 21 § 536 ff.). Auch das „Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen“ nahm das Zurückbehaltungsrecht in seine Bestimmungen auf, folgt aber im wesentlichen dem preußischen allgemeinen Landrecht. Der Code civil erwähnt das Zurück-

---

[1]) Vgl. Schenck S. 31. Seine Anwendungsfälle sind recht verschieden. So wird es z. B. gewährt bei der rei vindicatio wegen impensae, bei der hereditatis petitio, dem Kommodatar, dem negotiorum gestor usw.

[2]) Vgl. Langfeld S. 11 f.

[3]) Ein gewisses Beziehungsrecht der wechselseitigen Ansprüche verlangte auch das römische Recht. Dem widerspricht scheinbar das Pignus Gordianum (l. un. C. 8, 26). Denn hier ist ein Zurückbehaltungsrecht ohne jedes Beziehungsrecht zwischen Forderung und Leistungsobjekt gegeben. Die angeführte Stelle ist jedoch lediglich eine singuläre Bestimmung auf Grund der eigenartigen Umstände eines bestimmten Rechtsfalles, sie kann eine allgemeine Grundlage iür unser Rechtsinstitut nicht abgeben. Vgl. Langfeld S. 75 ff.; Rieger S. 11 ff.

[4]) I. S. 962 ff.

behaltungsrecht nur in wenigen Artikeln (z. B. Art. 867, 1673, 1748, 1749 u. a.), während das „Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie“ dem Zurückbehaltungsrecht die Anerkennung ganz und gar versagt.

Es sagt im § 471: „Weder der Pfandnehmer noch irgendein anderer Inhaber einer fremden Sache ist nach Erlöschung des ihm eingeräumten Rechts befugt, dieselbe aus dem Grunde einer Forderung zurückzubehalten. Er kann aber, wenn die in der Gerichtsordnung bestimmten Erfordernisse eintreten und die Sache beweglich ist, sie in gerichtliche Verwahrung geben und mit Verbot belegen oder, wenn sie unbeweglich ist, die Sequestration derselben ansuchen[1].“

Das BGB. ist der modernen Richtung gefolgt und hat in den §§ 273, 274 eine allgemeine gesetzliche Regelung des Zurückbehaltungsrecht getroffen[2]. Aber eine einheitliche Klarstellung des Zurückbehaltungsrechts, seiner Voraussetzungen und Wirkungen ist nicht geschaffen. Noch viele Grundfragen bilden den Gegenstand lebhafter Kontroverse. Das Gesetz verlangt neben anderen Vorschriften, welche bei uns weiter nicht in Frage kommen, für die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts einen „fälligen Anspruch“ (§ 273, Abs. 1) des Schuldners gegen den Gläubiger. Wie nun dieser Anspruch beschaffen sein muß, darüber herrscht Streit. Bestritten ist, ob der Anspruch einredebehaftet sein darf, ob er klagbar sein muß, insbesondere ob auch eine verjährte Forderung zur Ausübung des Zurückbehaltungsrechts berechtigt.

---

[1]) Vgl. Schlegelberger S. 67 ff.

[2]) Es ist daran festzuhalten, daß der Abs. 2 des § 273 nicht etwa ein besonderes Zurückhaltungsrecht enthält. Es sind im Abs. 2 nur einige besondere Fälle des Zurückbehaltungsrechts geregelt. Auch die dinglichen Ansprüche fallen richtiger Ansicht nach unter Abs. 2 des § 273. Der § 1000 schafft kein vom § 273/274 verschiedenes Zurückbehaltungsrecht für das Sachenrecht. Er enthält vielmehr eine Sondervorschrift, eine „Präventivmaßregel gegen Rechtsirrtümer“. Schlegelberger S. 92 f., Oertmann S. 78.

In vorliegender Arbeit soll versucht werden, eine Entscheidung der Frage zu treffen, ob der Schuldner gegenüber einem fälligen Anspruche seines Gläubigers auf Grund einer eigenen verjährten Forderung gegen den Gläubiger ein Zurückbehaltungsrecht ausüben kann.

A. Das Zurückbehaltungsrecht des BGB.

§ 2.

Wesen und Zweck desselben.

Wir wenden uns unserer Aufgabe zu und prüfen zunächst das Wesen und den Zweck des Zurückbehaltungsrechts. Besonders letzterer ist für die vorliegende Arbeit von Bedeutung und wird auch zum Beweise herangezogen werden.

Die Natur des Zurückbehaltungsrechts war im gemeinen Recht äußert bestritten [1]). Man sah es als einen Ausfluß des Besitzes und als eine Art der Selbsthilfe an [2]) [3]). Die

[1]) Auch war man sich recht unklar, woran eigentlich das Zurückbehaltungsrecht ausgeübt werden dürfe. Ursprünglich gab man es nur an körperlichen Sachen, man hielt am römischen Recht fest (vgl. Schenck a. a. O.). Dernburg (Komp. S. 370), Windscheid(-Kipp) (II, S. 498) und Goldschmidt (S. 962) gehen aber weiter und lassen das Zurückbehaltungsrecht an jeglicher Leistung anderer Art zu. Während das Allgemeine Landrecht ebenfalls nur ein Zurückbehaltungsrecht an körperlichen Sachen zuläßt (§ 536 I 20), schließt sich das BGB. der neueren Richtung an und gibt ein Zurückbehaltungsrecht an jeder Leistung. In dieser Regelung ist man dem deutschen Recht gefolgt, obwohl es sonst ganz ohne Einfluß auf unser Rechtsinstitut geblieben ist. Auch im deutschen Recht gab es ein Zurückbehaltungsrecht nicht nur an körperlichen Sachen, sondern auch an Handlungen. Vgl. die Ausführungen bei Schlegelberger S. 111.

[2]) Vgl. Schenk S. 36 ff., 65 ff.; Dernburg, Komp. S. 366; Crome I S. 545.

[3]) Daß diese Lehren irrtümlich waren, ergibt sich aus folgender Betrachtung. Selbsthilfe ist: „eigenmächtige Verwirklichung eines Rechtsanspruches durch Eingriff in den Bestand befriedeter Rechtsgüter eines anderen". Endemann I S. 446. Dieser eigenmächtige Eingriff in die Güter eines anderen ist immer widerrechtlich, mag er auch zu dem Zwecke erfolgen, einen eigenen Anspruch zu verwirklichen, es sei denn, daß es sich um eine ausnahmsweise

Irrigkeit dieser Lehren erkannte man aber bald und suchte nun, da man seine selbständige Natur immer noch nicht erkannte, das Zurückbehaltungsrecht anderen Rechtsbegriffen zu subsumieren. So wollte man es bald unter den Begriff der Aufrechnung, bald unter den des Pfandrechts bringen. Beides geschah zu Unrecht. Denn wenn unser Rechtsinstitut mit den genannten Instituten auch einige Ähnlichkeit hat, so ist es trotzdem von ihnen grundverschieden.

Die meiste Ähnlichkeit hat das Zurückbehaltungsrecht mit dem Pfandrecht: Beide dienen zur Sicherung der eigenen Forderung, ihre Dauer ist aber beschränkt; denn sobald die Befriedigung der Forderung, für die sie in Wirksamkeit getreten sind, erfolgt, so gehen sie auch mit ihr unter. Beide Institute verlangen den Besitz von Sachen des Gegners, sind unteilbar und treten akzessorisch neben anderen Rechten auf.

Die Verschiedenheiten der beiden Rechtsinstitute aber sind zu groß, um sie als gleich nebeneinanderstellen zu können. Das Pfandrecht kommt durch den übereinstimmenden Willen der Parteien zustande, das Zurückbehaltungsrecht beruht lediglich auf dem Willen des Retinierenden und wird gegen den Willen des Gegners ausgeübt. Während das Pfandrecht als ein dingliches Recht auch gegenüber Dritten wirkt, tritt das Zurückbehaltungsrecht nur in Beziehung zu einer ganz bestimmten Person. Auch in ihren Wirkungen treten die beiden Institute einander gegenüber. Das Pfandrecht gibt das Recht zur Veräußerung und Befriedigung aus der Pfandsache. Das Zurückbehaltungsrecht führt lediglich im Falle der Geltendmachung zu einer Verurteilung zur Zug-um-Zug-Leistung, von den handels-

---

erlaubte Selbsthilfe handelt (vgl. § 226 ff. BGB.). Daraus folgt, daß, falls das Gesetz irgendein selbständiges Angriffs- oder Verteidigungsmittel gibt, dieses niemals widerrechtlich sein, somit auch niemals unter den Begriff der Selbsthilfe fallen kann. Da das Gesetz das Zurückbehaltungsrecht zuläßt, so kann seine Ausübung keine widerrechtliche, mithin keine Selbsthilfe sein. Ausfluß des Besitzes ist das Zurückbehaltungsrecht darum nicht, weil es weder juristischen Besitz noch Detention erfordert.

rechtlichen Fällen abgesehen. Das Pfandrecht kann ferner im Wege der Klage geltend gemacht werden, das Zurückbehaltungsrecht befugt hierzu nicht, da es, wie wir noch sehen werden, eine Einrede ist.

Aus dem Angeführten erhellt, daß das Zurückbehaltungsrecht und das Pfandrecht zwei ganz verschiedene Institute sind. Aus den gefundenen Ähnlichkeiten kann man von den beiden Rechtsinstituten keine Schlüsse aufeinander ziehen.

Ebenso verhält es sich mit dem Zurückbehaltungsrecht und der Aufrechnung. Beide sind ebenfalls grundverschieden [1]). Da im Laufe der Arbeit eine Gegenüberstellung dieser beiden Institute noch erforderlich sein wird, so wollen wir uns hier mit der getroffenen Feststellung begnügen.

Aber noch im gemeinen Recht wurde unser Rechtsinstitut als ein besonderes, selbständiges Recht erkannt [2]) und auch das BGB. hat eine diesbezügliche Normierung getroffen.

Wie wir am Anfange definierten, ist das Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB. das Recht des Schuldners, unter gewissen Voraussetzungen seine Leistung zu verweigern. Hieraus und dem Wortlaute des § 202, Abs. 2 folgt, daß das Zurückbehaltungsrecht eine Einrede, und zwar eine dilatorische ist [3]).

Trotzdem das Gesetz selbst diese Regelung gibt und eigentlich Zweifel über die Natur des Zurückbehaltungsrechtes nicht mehr entstehen könnten, ist dieses in der Literatur nicht klar erkannt. Endemann [4]) bezeichnet es

---

[1]) Vgl. die Ausführungen bei Schenck und Dernburg, Komp. a. a. O.

[2]) Goldschmidt (S. 967) definiert es als „ein eigentümliches Vermögensrecht.“ Schenck (S. 39) bezeichnet es „als ein für sich bestehendes, keinem Rechte angehöriges, in sich selbst so eigentümlich geartetes Recht, daß man es ohne Fehlgriffe gegen das, was Rechtens ist, mit irgend einem anderen Rechtsinstitute gar nicht vermengen kann.“

[3]) Vgl. Langheinecken, S. 328; Crome, S. 546.

[4]) Vgl. I, S. 712.

als „obligatorisches“, Dernburg [1]) als „persönliches“ Recht. Albrecht [2]) redet von einem obligatorischen Charakter des Zurückbehaltungsrechts und Eck [3]) ist gar der Ansicht, daß sein Wesen im BGB. nicht geregelt sei. Als Einrede, als die es das Gesetz normiert hat, ist das Zurückbehaltungsrecht weder ein dingliches noch persönliches Recht, dagegen wirkt es gegen dingliche und persönliche Ansprüche. Ebenso unrichtig ist es, wenn vom Zurückbehaltungsrecht gesagt wird, es „begründe“ [4]) eine Einrede, es „bedeute“ [5]) eine solche; der Schuldner „gewinne gegen die Klage eine dilatorische Einrede“ [6]), „das Zurückbehaltungsrecht schaffe dem Schuldner eine Einrede“ [7]).

Richtig ist vielmehr, daß dieses Rechtsinstitut eine Einrede ist [8]). Wie wir später noch sehen werden, ist das Zurückbehaltungsrecht als Einrede ein selbständiges Gegenrecht gegen den Anspruch [9]).

Was für einen Zweck die Einrede des Zurückbehaltungsrechts verfolgt, ist streitig. Daß es dem Schuldner Sicherheit dafür gewähren soll, daß er die ihm gebührende Gegenleistung erhalte, wird anerkannt. Zweifelhaft ist es, ob es nur diesen Zweck verfolgt, oder ob es auch zwingend auf den Gläubiger einwirken soll. Zwei Parteien treten sich gegenüber, von denen die eine betont, das Zurückbehaltungsrecht habe lediglich den Zweck zu sichern [10]),

---

[1]) Vgl. II, S. 148.

[2]) Vgl. S. 10.

[3]) Vgl. S. 266/267.

[4]) Vgl. Dernburg, II S, 147; Plank II, S. 63.

[5]) Stammler II, S. 103.

[6]) Oertmann S. 75.

[7]) Eck, S. 265.

[8]) Vgl. Langheinecken, S. 328; Bucerius, S. 134ff.; Rehbein insbesondere S. 96.

[9]) Vgl. Crome, I S. 545; Planck, I S. 369ff.; Rieger, S. 7; Dernburg, II S. 143ff. A. A. Oertmann, S. 77ff.

[10]) Vgl. Planck, II S. 66; Ennecerus, II S. 64; Eck, S. 265; Rehbein, II S. 91; Cosack, I S. 321; Schlegelberger, S. 103f.; Breuer, S. 8ff., Schoenenberg, S. 46f.; Crome, I S. 549; RG. Bd. 61 S. 133.

d. h. der Schuldner solle sich unter gewissen Voraussetzungen gegen den Gläubiger schützen können, welcher seine Forderung ohne Rücksicht auf eine Leistung, zu der er seinerseits dem Schuldner gegenüber verpflichtet ist, geltend macht; nur zu diesem Zwecke sei das Zurückbehaltungsrecht geschaffen worden. Die zweite Gruppe aber legt neben diesem Sicherungszwecke dem Zurückbehaltungsrecht noch eine Zwangsfunktion bei[1]); der Gläubiger solle durch die Vorenthaltung der ihm gebührenden Leistung gezwungen werden, die ihm obliegende Verpflichtung zu erfüllen.

Wir wollen untersuchen, welchen Zweck das Gesetz dem Zurückbehaltungsrecht beilegt; für uns kann es nur darauf ankommen, welches die wesentliche Funktion des Zurückbehaltungsrechts nach dem Gesetze ist, und das Gefundene soll für uns maßgebend sein. Es kann nämlich aucht nicht geleugnet werden, daß trotz der Sicherung das Zurückbehaltungsrecht auch indirekt den Gläubiger zwingt.

Wenn wir nun in den Quellen des Gesetzes nachsehen, so finden wir, daß ein einheitlicher Zweck dem Zurückbehaltungsrecht nicht beigelegt wird. Im zweiten Bande der Motive lesen wir: „. . . das im Zurückbehaltungsrecht liegende präsente Sicherungsmitel . . .[2])". „Das Zurückbehaltungsrecht dient vorzugsweise zur Sicherung und als Zwangsmittel . . .[3])" „da es nur zum Zwecke der Sicherung des Gegenanspruches besteht . . .[4])", „. . . Betrachtet der Entwurf nicht als ein Zwangsmittel gegen den Gläubiger . . .[5])". In den Protokollen heißt es:

---

[1]) Vgl. Goldschmidt, S. 964; Langfeld, S, 89, 119; Windscheid-Kipp, II S. 498; Dernburg, II S. 144; Endemann, I S. 713; Schäfer, S. 437ff.; Schollmeyer, S. 90, Anm. 2; Rieger, S. 9, 66; Simon, S. 65ff.; Albrecht, S. 11; OLG. Bd. II. S. 57; Staudinger, II S. 119.

[2]) S. 41.

[3]) S. 42.

[4]) S. 43.

[5]) S. 43.

„. . . Es sei in den allgemeinen Teil zu verweisen, mit Rücksicht darauf, daß es wesentlich als Sicherungs- und Zwangsmittel dienen soll[1])".

Hier finden wir keine Klarheit, die genannten Stellen widersprechen sich durchaus. Auch das BGB. selbst gibt unmittelbar hierüber keine Bestimmung, wir finden keinen Paragraphen, welcher eine Regelung trifft.

Und doch ist meiner Ansicht nach die Absicht des Gesetzes nur die, dem Schuldner mit dem Zurückbehaltungsrecht lediglich ein Sicherungsmittel zu geben. Es sprechen hierfür folgende Gründe:

Wie wir schon in der Einleitung erwähnten, hat die Billigkeit das Zurückbehaltungsrecht geschaffen[2]). Wie wäre es nun mit dieser Billigkeit zu vereinbaren, wenn wir annehmen wollten, daß dadurch ein Zwang ausgeübt werden soll? Es wiederspräche ja ganz dem Gedanken, aus dem das Zurückbehaltungsrecht entstanden ist. „Nicht der Billigkeit," wie Schlegelberger treffend sagt[3]), „sondern der Schikane würde ein solches Pressionsmittel dienen. Ihr würde Tür und Tor geöffnet sein, wenn der Schuldner in der Lage wäre, durch Vorenthaltung irgendwelcher, an sich vielleicht unbedeutender, für den Gläubiger aber unentbehrlicher Rechtsgüter diesen zur Erfüllung seiner zweifelhaften Gegenansprüche zu nötigen. Ein als Zwangsmittel eingeräumtes Zurückbehaltungsrecht würde aber dem Schuldner diese Macht geben, da für den Gläubiger die richterliche Hilfe meistens zu spät käme."

Das Gesetz selbst gibt uns einen Anhalt für unsere Meinung, trotzdem sich die Quellen bezüglich des Zweckes des Zurückbehaltungsrechts widersprechen. Nach § 273, Abs. 3 kann der Gläubiger die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung abwenden. Nähmen wir nun eine Zwangsfunktion an, so müßten wir dem Gesetze vorwerfen, daß es nicht konsequent geblieben

[1]) Protokolle I, S. 311.

[2]) Vgl. auch Schollmeyer I, S. 89.

[3]) S. 103.

sei. Denn wenn man ein Zwangsmittel durch Sicherheitsleistung abwenden könnte, so wäre es eben kein solches[1]). Im Willen des Gesetzes kann es meiner Ansicht nach nur liegen, ein Sicherungsmittel zu gewähren.

Als Folge des Sicherungszweckes des Zurückbehaltungsrechts kann allerdings eine „Zwangsmöglichkeit“[2]) angenommen werden; denn das Gesetz widerspricht dem nicht, es kann im konkreten Falle eine Zwangsmöglichkeit sich als Nebenwirkung ergeben. Wesentlich aber ist diese Funktion dem Gesetze nicht. Dieses gibt in seinen Bestimmungen keinen Anhalt dafür, daß auf den Gläubiger ein faktischer Zwang ausgeübt werden könne[3]).

§ 3

Seine Voraussetzungen, insbesondere Klarlegung des Begriffes „fälliger Anspruch“.

a) Das BGB. kennt einen einheitlichen Fälligkeitsbegriff.

Nach der Bestimmung des Zweckes des Zurückbehaltungsrechts können wir zur Prüfung seiner Voraussetzungen übergehen. Es sollen aber nur die Berücksichtigung finden, welche für uns in Betracht kommen. So kann es nicht angebracht sein, hier über den Konnexitätsbegriff, über das wechselseitige Verhältnis, besonders über den Anspruch des Gläubigers zu sprechen, da diese Erfordernisse in unsere Aufgabe vorausgesetzt sein müssen; denn es könnte sich sonst die Streitfrage gar nicht erheben.

§ 273 BGB. verlangt einen „fälligen Anspruch“ des Berechtigten[4]). Nach § 194 BGB. ist Anspruch das Recht,

---

[1]) Vgl. Schlegelberger, S. 102 ff.

[2]) Vgl. Breuer, S. 10 f.

[3]) Vgl. Breuer, a. a. O.; Schönenberg, S. 46 f.

[4]) Hier schließt sich das BGB. der herrschenden Lehre des gemeinen Rechts an, welche ebenfalls einen fälligen Gegenanspruch verlangt; die Forderung, auf Grund deren retiniert wurde, durfte nicht bedingt und betagt sein. Vgl. Goldschmidt. S. 973 und Langfeld, S. 117.

von einem Andern ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. Was ist nun ein „fälliger“ Anspruch?

Über den Begriff Fälligkeit und darüber, welche Anwendung er im § 273 gefunden hat, herrscht Uneinigkeit.

Wenn wir das BGB. nach einer Begriffsbestimmung der Fälligkeit durchblättern, so finden wir keine besondere Regelung im Gesetze enthalten. Aus den Entwürfen zum BGB. jedoch und mittelbar aus dem BGB. selbst, läßt sich ein einheitlicher Fälligkeitsbegriff festlegen.

Im ersten Entwurfe war eine Definition der Fälligkeit gegeben. § 158 enthielt sie im ersten Absatze; dieser lautete:

„Die Verjährung beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem die Befriedigung des Anspruchs rechtlich verlangt werden kann (Fälligkeit).“

Dieses war eine klare Definition und sie sollte nach den Motiven[1]) auch in den §§ 232, 233 des Entwurfes I, welche das Zurückbehaltungsrecht regelten, zur Anwendung kommen. Die zweite Kommission[2]) strich jedoch diesen Paragraphen; nicht schon im allgemeinen Teil, sondern erst im Obligationenrechte solle eine Begriffsbestimmung der Fälligkeit gegeben werden. Trotzdem finden wir keinen Paragraphen im BGB., auch nicht im Obligationenrechte, welcher einen Fälligkeitsbegriff gibt.

Wir können ihn aber aus dem Getze herleiten. § 101 bestimmt:

„Ist jemand berechtigt, die Früchte einer Sache oder eines Rechtes bis zu einer bestimmten Zeit oder von einer bestimmten Zeit an zu beziehen, so gebühren ihm, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, . . . andere Früchte insoweit, als sie während der Dauer der Berechtigung fällig werden.“

In diesem Paragraphen kann das Gesetz den Begriff der Fälligkeit nur so verstehen, daß der Augenblick erreicht sein muß, von dem an der Gläubiger die Leistung verlangen kann. In eben diesem Sinne ist aber der Begriff

[1]) I, S. 308.

[2]) Prot. I, S. 210.

der Fälligkeit auch im § 272, für das BGB. überhaupt zu verstehen. Dies ergibt sich meiner Ansicht nach aus den §§ 271, 272.

§ 271 lautet: „Ist eine Zeit für die Leistung weder bestimmt, noch aus den Umständen zu entnehmen, so kann der Gläubiger die Leistung sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken.

Ist eine Zeit bestimmt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Gläubiger die Leistung nicht vor dieser Zeit verlangen, der Schuldner aber sie vorher bewirken kann" und § 272:

„Bezahlt der Schuldner eine unverzinsliche Schuld vor der Fälligkeit, so ist er zu einem Abzuge wegen der Zwischenzinsen nicht berechtigt."

Fälligkeit im Sinne des § 272 ist nun ohne Zweifel gleichfalls der Augenblick, von dem an der Gläubiger die Leistung nach § 271 verlangen kann. Die Fälligkeitsbegriffe des § 101 und des § 272 decken sich demnach mit dem ursprünglich im ersten Entwurf enthaltenen. Daß im § 273 die Fälligkeit ebenso zu verstehen ist, ergibt sich aus der Stellung der §§ 271, 272 unmittelbar vor dem § 273. Es ist nicht anzunehmen, daß das BGB. im § 273 auf einmal unter Fälligkeit etwas ganz anderes verstehen sollte, als in den unmittelbar vorangehenden Paragraphen. Wir können daher einen einheitlichen Fälligkeitsbegriff im BGB. annehmen und ihn dahin bestimmen, daß eine Forderung von dem Zeitpunkt an fällig ist, von dem an die Befriedigung des Anspruches verlangt werden kann.

Einen einheitlichen Fälligkeitsbegriff nehmen auch Schlegelberger[1]) und Hellwig[2]) an. Ersterer macht mit Recht darauf aufmerksam, daß die Stellung der §§ 271, 272 für den Fälligkeitsbegriff von Wichtigkeit ist. Auch Dernburg gibt diese Begriffsbestimmung für das gemeine Recht[3]) und behält sie auch für das heutige Recht[4]).

---

[1]) S. 150ff.

[2]) S. 7, Anm. 23, 25, S. 352.

[3]) Vgl. Dernburg, Pand. II S. 96.

[4]) Dernburg, Bd. II S. 179.

Die Einheitlichkeit des Fälligkeitsbegriffes aber ist, wie wir schon bemerkten, bestritten. So behauptet Schönenberg[1]), das BGB. kenne einen Fälligkeitsbegriff in einem weiteren Sinne, er sei dann gleichbedeutend mit dem Entstandensein des Anspruchs, und in einem engeren Sinne; hier bedeute er, daß dem Anspruch keine Einrede entgegenstehen dürfe. Im weiteren Sinne sei die Fälligkeit im § 101 Ziff. 2 gebraucht, im engeren sei sie im § 273 enthalten[2]).

b) Widerlegung des Begriffes Fälligkeit im engeren Sinne.

aa) Begriff der materiellen Einrede.

Hiergegen ist zu bemerken, daß Einreden, welche dem Anspruch entgegenstehen, dessen Fälligkeit nicht vernichten. Dieses Ergebnis folgt aus dem Begriffe der Einrede im materiellen Sinne. Als Einrede bezeichnet das Gesetz das Recht, die geschuldete Leistung zu verweigern. Dieses Recht ist ein subjektives.

Die subjektiven Rechte zerfallen in solche, welche einer Person zustehen und gegen jedermann gehen (absolute Rechte), oder in solche, welche einer Person gegen eine bestimmte andere zustehen (relative Rechte), oder in solche, welche lediglich vom „Können" des Berechtigten abhängen, um in Erscheinung zu treten. Diese letzteren Rechte werden Befugnisse genannt (vgl. § 770 Abs. 2) oder „Rechte des rechtlichen Könnens[3])". Daß diese Befugnisse subjektive Rechte sind, ergibt sich aus folgender Betrachtung:

§ 770 Abs. 1 spricht von einem Verweigern — Können des Bürgen, im zweiten Absatz desselben Paragraphen wird dieses Können Befugnis genannt. § 2059 Abs. 1 spricht

[1]) S. 11ff.

[2]) Vgl. Schäfer S. 437ff.; Rieger, S. 22; Schollmeyer S. 90; Planck II S. 63 und Albrecht S. 15f., welche gleichfalls eine Fälligkeit im engeren Sinne annehmen.

[3]) Zittelmann S. 23, 29; Endemann S. 58ff.

nun gleichfalls von einem Können und nennt dieses im Abs. 2 ein Recht. Daraus ergibt sich, daß diese Befugnis ein Recht ist. Die Einrede nun ist eine solche Befugnis, ein Recht des rechtlichen Könnens (vgl. § 770 Abs. 2) und wird auch von den Schriftstellern als solche angenommen[1]).

Die Einreden sind demnach selbständige materielle Gegenrechte gegen den Anspruch[2]). Sie äußern sich darin daß der Einredeberechtigte im Prozesse die Abweisung des erhobenen Anspruches durchsetzen kann[3]); sie geben die Macht, die gerichtliche Durchführung des Rechts, dem sie entgegenstehen, lediglich zu hemmmen, d. h. dauernd oder vorübergehend aufzuschließen[4]).

bb) Entgegenstehende Einreden vernichten weder den Anspruch, noch seine Fälligkeit.

Da die Einreden also Rechte sind, die Leistung zu verweigern, so ergibt sich daraus der notwendige Schluß, daß der zugrundeliegende Anspruch bestehen bleibt. Es folgt dies auch daraus, daß sie zu ihrem Bestehen einen Anspruch voraussetzen; ist kein Anspruch vorhanden, so ist auch keine Einrede gegeben. Unser Ergebnis bestätigen auch die §§ 813, 886[5]). Beide Paragraphen sprechen von einer Einrede, durch welche die Geltendmachung des Anspruches ausgeschlossen wird. Der Anspruch bleibt demnach bestehen, er soll nur nicht geltend gemacht werden können[6]).

---

[1]) Zittelmann S. 29; Hellwig S. 9; Langheineken S. 43; Endemann S. 514 Anm. 25.

[2]) vgl. v. Tuhr S. 288ff.; Enneccerus I S. 154, 535f.; Crome S. 183; Endemann S. 514 Anm. 25; Cosack S. 297; Weiß S. 41; Schlegelberger S. 152 und Höldner Arch. S. 74. A. A. Langheineken S. 43ff.

[3]) Vgl. Endemann S. 514.

[4]) vgl. Zitelmann S. 79.

[5]) Vgl. Windscheid-Kipp I S. 188.

[6]) Vgl. Endemann S. 453, 512; Crome S. 183; Planck I S. 53; Hellwig S. 8, 13 Anm. 22; Langheineken S. 20, 189; Leonhard S. 219ff.; Weiß S. 42, 87; Enneccerus S. 519ff.; v. Tuhr S. 308. A. A. Hölder, Arch. S. 80.

Die Einrede kann ferner dem Anspruche seine Fälligkeit nicht nehmen[1]). Wie wir sehen, läßt die Einrede den Anspruch bestehen; daraus folgt auch, daß die Fälligkeit unberührt bleibt. Die Einrede berechtigt nur dazu, die Leistung zu verweigern. Wird der einredeberechtigte Schuldner verklagt und bringt er die Einrede nicht vor, so wird er verurteilt. Daraus geht hervor, daß der Anspruch fällig geblieben ist. Bringt der Schuldner die Einrede vor, so wird der Kläger allerdings abgewiesen, aber die Abweisung erfolgt nicht deswegen, weil die Forderung nicht fällig sei, sondern weil dem Schuldner, trotzdem der Klaganspruch begründet ist, auf Grund der Einrede ein Leistungsverweigerungsrecht gegeben ist. Aber auch durch das Vorschützen wird die Fälligkeit nicht genommen; denn wie wir sahen, hat die Einrede ja nur rechtshemmende, nicht rechsvernichtende Kraft[2]). Das Gesagte gilt von den dilatorischen, wie von den peremtorischen Einreden. So bleibt insbesondere auch, wie hier schon erwähnt sei und später noch näher zu begründen sein wird, der mit einer Verjährungseinrede behaftete Anspruch fällig[3]).

Nach Vorstehendem lassen Einreden die Fälligkeit eines Anspruches unberührt. Man kann daher auch darauf, daß dem Anspruch eine Einrede entgegensteht, nicht eine besondere Art der Fälligkeit gründen; hiermit fällt der oben genannte Fälligkeitsbegriff im engeren Sinne.

c) Widerlegung des Fälligkeitsbegriffes im weiteren Sinne; es gibt Ansprüche auf künftige Leistung.

Auch der Fälligkeitsbegriff im weiteren Sinne ist abzuweisen. Wie wir schon erwähnten, ist Anspruch nach

[1]) V. Tuhr (S. 294) ist der Ansicht, daß der Eintritt der Fälligkeit durch eine entgegenstehende Einrede nicht gehindert wird, damit kann er auch nur meinen, daß die bereits eingetretene Fälligkeit durch eine später entstehende Einrede nicht aufgehoben werden kann.

[2]) Vgl. Schlegelberger S. 152ff.; Enneccerus I S. 535; v. Tuhr S. 308. A. A. Langheineken S. 87, 330; Planck II S. 63.

[3]) Vgl. Breuer S. 45; OLG. Bd. VI S. 91.

§ 194 das Recht, von einem Anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. Das Tun und Unterlassen kann gegenwärtig und künftig sein.

Diese Frage ist freilich lebhaft umstritten. Verschiedene Schriftsteller behaupten, daß Anspruch nur das Recht auf baldiges, sofortiges Tun sei. So lesen wir bei Crome[1]): „Er — der Anspruch — besteht immer darin, im Augenblicke eine Leistung . . . verlangen zu können," „das Verlangen im Sinne des § 194 Abs. 1 ist ein präsentes Verlangen[2])," bei Cosack[3]): „Anspruch ist die Befugnis ein sofortiges Tun oder Unterlassen zu verlangen," bei Siber[4]): „Jeder Anspruch enthält das Recht auf sofortige freiwillige Leistung und das Recht, diese Leistung sofort . . . zu erzwingen." Ebendieselbe Ansicht vertreten Schäfer[5]), v. Tuhr[6]) und andere. In dem Anspruch ein präsentes Verlangen zu erblicken, ist meines Erachtens nicht richtig. Wir müssen vielmehr unterscheiden zwischen gegenwärtigem Anspruch und Anspruch auf gegenwärtige Leistung[7]); der gegenwärtige Anspruch kann ein Anspruch auf eine gegenwärtige oder künftige Leistung sein; der erste Anspruch ist fällig, aber nicht der letztere[8]). Wenn Schoenenberg[9]) von „Tautologie" bezüglich des Ausdruckes „fälliger Anspruch" redet, so ist dies nicht richtig. Das Gesetz bestätigt vielmehr hiermit unsere Meinung; denn wenn es von fälligen Ansprüchen (§ 273 Abs. 1) redet, so muß es auch solche kennen, die es nicht sind, und wir finden in der Tat Paragraphen im BGB., in denen das Gesetz von nicht fälligen Ansprüchen redet. So ist hier

[1]) S. 180.
[2]) S. 509.
[3]) I, S. 264.
[4]) S. 83.
[5]) S. 437 ff.
[6]) S. 263.
[7]) Vgl. Langheineken, S. 21 ff.
[8]) Vgl. Langheineken a. a. O.
[9]) Vgl. S. 17.

der § 271 Abs. 2 zu nennen, nach dem die Parteien im Vertrage einen besondern Fälligkeitstermin bestimmen können. Aus den Worten: „der Gläubiger kann die Leistung nicht vor der bestimmten Zeit verlangen," geht hervor, daß der Anspruch entstanden, seine Fälligkeit aber hinausgeschohen ist[1]). Ebenso ist es beim § 1467 Abs. 2 BGB.: „Was der Mann zu fordern hat, kann er erst später fordern". Auch hier ist die Existenz des Anspruches vor der Fälligkeit begründet[2]). Einen weiteren Beweis gibt uns der § 813 Abs. 2. Das Gesetz redet hier von betagten Verbindlichkeiten. Da Verbindlichkeit aber die Kehrseite des Anspruches ist[3]), und es eine Verbindlichkeit ohne Anspruch nicht gibt, so erkennt das Gesetz damit an, daß im § 813 der Anspruch zwar entstanden, aber noch nicht fällig ist. Als entstanden, aber noch nicht fällig gilt auch der Anspruch, dessen Entstehung der Gläubiger dadurch bewirken kann, daß er kündigt oder von seinem Anfechtungsrechte Gebrauch macht. (§§ 199, 200 BGB.)[4]). Es sei ferner auf den § 721 ZPO. verwiesen. Hier kann die zwangsweise Geltendmachung des durch Urteil anerkannten Anspruches sogar aufgeschoben werden. Das Recht, den bereits fälligen Anspruch zu verlangen, kann ferner durch Parteivereinbarung hinausgeschoben werden. So ist es z. B. bei der Stundung. Hier schieben die Parteien den Moment der Geltendmachung hinaus, ohne aber damit den Anspruch aufheben zu wollen, der entstanden und fällig war. Dieser bleibt ohne Zweifel bestehen[5]). Hiermit ist meines Erachtens zur Genüge dargetan, daß das BGB. Ansprüche kennt, die zwar bestehen, aber augenblicklich nicht geltend gemacht werden können. Mithin gehört nach dem Gesetze zum Begriffe des Anspruchs nicht das Recht zur sofortigen Ausübung.

---

[1]) Vgl. Langheinecken S 67.
[2]) Vergl. Langheineken a. a. O.
[3]) Vgl. S. 55 der Arbeit.
[4]) Vgl. Hellwig S. 7; Crome S. 510, 514; Endemann S. 453 Anm. 14.
[5]) Vgl. Endemann S. 453.

Mit unserem Ergebnisse stimmen noch überein Schlegelberger [1]), Planck [2]), Endemann [3]), Hellwig [4]) und Leonhard [5]).

Der Fälligkeitsbegriff des § 273 ist derselbe, wie in § 101 Ziff. 2. Der Unterschied ist nur ein scheinbarer; denn im § 101 kommen Einreden überhaupt nicht in Frage. Es handelt sich hier um das Verhältnis zwischen den jeweilig berechtigten Gläubigern; in allen anderen Fällen, in denen das Gesetz von Fälligkeit spricht (z. B. § 272, 273 und § 284), bezieht es sich damit immer auf das gegenseitige Verhältnis von Gläubiger und Schuldner.

d) Zur Ausübung des Zurückbehaltungsrechts genügt ein klagloser Anspruch.

Es erhebt sich nun, nachdem wir nachgewiesen haben, was das BGB. unter einem „fälligen Anspruch" versteht, die Frage, ob dieser Anspruch ein klagbarer sein muß oder ob ein klagloser genügt. Daß der Anspruch des Gläubigers klagbar sein muß, ist zweifellos. Denn hat der Gläubiger einen Anspruch ohne ein „privatrechtliches Klagerecht" [6]), so ist eine Ausübung des Zurückbehaltungsrechts unmöglich. Er wird, wenn er klagen sollte, ohne weiteres mit der Geltendmachung seines Anspruches abgewiesen werden, und es kommt gar nicht zu einer Ausübung des Zurückbehaltungsrechts [7]). Zweifelhaft aber kann es sein, ob der Schuldner auf Grund eines klaglosen Anspruches das Zurückbehaltungsrecht ausüben darf. Wir werden die Frage bejahen [8]).

---

[1]) Schlegelberger, S. 150f.

[2]) Planck I, S. 52.

[3]) Endemann I. S. 453 Nr. 3.

[4]) Hellwig, S. 7.

[5]) Leonhard, S. 243.

[6]) Vgl. Zitelmann, S. 24c.

[7]) Vergl. Rieger, S. 19; Schollmeyer, S. 90.

[8]) Ebenso: Goldschmidt, S. 972, Langfeld, S. 24ff., S. 114; Enneccerus I, S. 64; Breuer, S. 42; Rieger, S. 22; Mot. II. S. 41. A. A. Dernburg II, S. 145; Schäfer, S. 437ff.; Simon, S. 65ff,; Albrecht, S. 12.

Das Zurückbehaltungsrecht ist, wie wir sahen, eine dilatorische Einrede, welche die Sicherung des Schuldners bezweckt. Der Billigkeit, welche ja die Grundlage des ganzen Zurückbehaltungsrechts bildet [1]), entspricht es, bei einem Anspruche, welcher nur in Form einer Einrede zur Sicherung geltend gemacht wird, von dem Erfordernis der Klagbarkeit abzusehen. Es betonen auch ausdrücklich die Motive, daß Klagbarkeit des Schuldneranspruches nicht erforderlich sei; hier heißt es nämlich:

„Vom Standpunkte des BGB. aus, welches klaglose Ansprüche überhaupt nur in wenigen Ausnahmefällen kennt, ist ferner irrelevant für die Zulässigkeit des Retentionsrechtes der Umstand, daß der Retentionsberechtigte seinen Anspruch auch mittels Klage verfolgen kann. Im Gegenteil, mit der vollen Wirksamkeit des Anspruches ist auch beim Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen die Zurückbehaltungsbefugnis von selbst gegeben, wie die volle persönliche Haftung des zunächst fordernden Teiles wegen des Anspruches des Retinenten für die Regel die Voraussetzung des Zurückbehaltungsrechts ist“ [2])

§ 4.

Im Recht der Schuldverhältnisse sind Anspruch und Forderung identisch.

Im § 273 spricht das Gesetz von einem Anspruch, auf Grund dessen das Zurückbehaltungsrecht stattfinden kann. In unserer Aufgabe aber soll geprüft werden, ob eine verjährte Forderung zur Ausübung des Zurückbehaltungsrechts berechtigt. Dieser Unterschied erfordert

---

[1]) Vgl. Schollmeyer, S. 89b.

[2]) Mot. II, S. 41. Diese Stelle führt Schäfer a. a. O., der Klagbarkeit des Schuldneranspruchs fordert, zur Unterstützung seiner Ansicht an. Zu Unrecht, denn dann widerspräche ja der erste Satz dem zweiten. Die beiden Sätze lassen sich nur dann verstehen, wenn wir sie als Beleg für unsere Meinung ansehen, nur so ergibt sich ein innerer Zusammenhang. Vgl. Brückner S. 13.

eine Untersuchung darüber, ob im Recht der Schuldverhältnisse Forderung und Anspruch gleich sind.

Anspruch ist das subjektive Recht in seiner Richtung gegen eine bestimmte Person, vermöge dessen ein Tun oder Unterlassen verlangt werden kann (§ 194 BGB.) Wir scheiden absolute und relative Ansprüche. Die ersteren gehen gegen jeden, während die letzteren sich nur gegen bestimmte Personen richten. Wir kennen auch absolute und relative Rechte. Zu den letzteren gehören die Rechte der Schuldverhältnisse.

Das Schuldverhältnis ist nach § 241 BGB. das „rechtliche Verflichtungsverhältnis“ [1]) zwischen zwei Personen, kraft dessen die eine, der Gläubiger, berechtigt ist, von dem anderen, dem Schuldner, eine Leistung zu fordern. Dieses Recht nennen wir Forderung oder Forderungsrecht. Deckt sich nun dieses Forderungsrecht mit dem Anspruche des § 194?

Die Frage ist aus folgenden Gründen zu verneinen. Das subjektive Recht des BGB. als solches zerfällt nämlich in das Recht der Schuldverhältnisse, Sachen-, Familien- und Erbrecht. Man scheidet daher auch neben der erwähnten Einteilung in absolute und relative Ansprüche einen Anspruch der Schulverhältnisse oder schuldrechtlichen Anspruch, einen sachenrechtlichen oder dinglichen Anspruch, einen familien- und erbrechtlichen Anspruch. Insofern ist der Begriff des Anspruches umfassender als der der Forderung [2]). Letzterer entspricht nur der schuldrechtliche Anspruch. Für uns kommt nur dieser in seinem Verhältnis zur Forderung in Betracht, und wir wollen feststellen, ob insoweit Anspruch und Forderung sich decken.

§ 194 Abs. 1 BGB. lautet: „Das Recht von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (Anspruch), unterliegt der Verjährung“ und § 241: „Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner

[1]) Endemann I, S. 574.

[2]) Vgl. Crome I, S. 181; Moeller, S. 8; Oertmann, S. 2.

eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen.“ Wenn wir nun den Inhalt des § 194 Abs. 1 mit dem des § 241 vergleichen, so sehen wir, daß das Gesetz hier, statt von „Tun oder Unterlassen“ zu reden, von Leistung spricht[1]). Aus den Worten: „die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen,“ folgt, daß die Leistung immer ein „Tun oder Unterlassen“ ist. Wir sehen also, daß beide Paragraphen denselben Inhalt haben, sie gehen beide auf ein Tun oder Unterlassen. Was dort Anspruch genannt wird, nennt hier das Gesetz Recht auf Leistung, und das Recht, eine Leistung zu fordern, nennen wir Forderung, Forderungsrecht. Auch Langheineken und Hellwig sind der Ansicht, daß das Gesetz im § 194 dasselbe sagt, wie in § 241. Bei ersterem lesen wir[2]); „Anspruch ist, wenn man den § 241 zur näheren Bestimmung heranzieht, das Recht, von einem anderen eine Leistung zu verlangen,“ und Hellwig sagt[3]): „Er — der Anspruch — bedeutet nur das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu fordern (§ 194), also das zu fordern, was BGB. § 241 als ‚Leistung‘ bezeichnet.“

Anderer Ansicht ist Dernburg[4]). Er behauptet, daß „verlangen“ und „fordern“ zwei verschiedene Begriffe sind. Er meint, nach dem technischen Sprachgebrauch des BGB. sei unter Verlangen das Recht zu verstehen: „etwas im Wege der Klage fordern zu dürfen.“ Wie wir sahen, besteht in Wirklichkeit eine Verschiedenheit in der Bezeichnung des Gegenstandes des Verlangens und desjenigen des Forderns nicht. Das Gesetz will vielmehr mit beiden Bezeichnungen dasselbe sagen, Dernburg macht also zu Unrecht einen Unterschied zwischen den beiden Begriffen[5]) [6]).

[1]) Vgl. Hellwig. S. 5, Langheineken, S. 19/20.

[2]) Vgl. S. 19/20.

[3]) S. 5.

[4]) Vgl. I. S. 115f.

[5]) Vgl. Moeller, S. 6/7.

[6]) Unser Ergebnis wird noch durch § 154 der Protokolle bestätigt. Nach ihm ist der Anspruch das Recht, eine Leistung zu verlangen. Es sind hier also der Gegenstand des Verlangens und Forderns gleich.

Schon aus dem bis jetzt Angeführten folgt, daß im Recht der Schuldverhältnisse Anspruch und Forderung identische Begriffe sind. Diese Auffassung aber findet Gegner. So lehrt Dernburg [1]), daß bei bedingten und befristeten Ansprüchen zwar das Gläubigerrecht bestehe, aber nicht der Anspruch. Auch Crome ist dieser Ansicht [2]): „... Ist das Schuldverhältnis bedingt oder betagt, so existiert zwar die Forderung aber noch kein Anspruch.“ Würde man diesen Lehren folgen, so könnte man eine begriffliche Gleichstellung der beiden Begriffe nicht annehmen, denn hierzu gehört ein gleichzeitiges Entstehen.

Wir wollen uns zunächst den bedingten Rechtsgeschäften widmen und sodann den befristeten und betagten. Es kommen für uns nur Rechtsgeschäfte mit aufschiebender Bedingung in Frage. Das resolutiv-bedingte Rechtsgeschäft scheidet vollkommen aus. Daß es bei aufschiebend bedingten Schuldverhältnissen ungewiß ist, ob jemals daraus ein Anspruch entstehen wird oder nicht, daß also ein aufschiebend bedingter Anspruch noch kein bestehender Anspruch ist, nehmen auch wir an [3]). Darin liegt ja gerade das Wesen der Bedingung, der Zustand der Ungewißheit. Läßt sich nun aber mit diesem Grundgedanken der Bedingung die Annahme vereinbaren, daß die Forderung entstanden sei? Wohl nicht; denn dann könnte man ja von keiner Ungewißheit reden. Wir müßten in diesem Falle auch schon das Bestehen der Schuld annehmen. Ich meine, daß bei einer aufschiebenden Bedingung die Forderung ebensowenig entstanden ist, als der Anspruch. Der bedingt Berechtigte erwirbt nur eine Anwartschaft auf den Erwerb eines Rechts, z. B. einer Forderung [4]). Derselben Ansicht, daß, falls ein Rechtsgeschäft, durch das eine Forderung begründet werden soll, mit einer aufschiebenden Bedingung belastet ist, dieses Forderungsrecht erst mit dem Eintritte

[1]) Vgl. I, S. 577/578.
[2]) Vgl. S. 181, Anm. 11.
[3]) Vgl. Siber, S. 82.
[4]) Vgl. Engelmann, S. 118.

der Bedingung zur Entstehung gelangt, ist auch Windscheid [1]: „denn ein bedingtes Forderungsrecht ist doch nun einmal ein Fordernngsrecht, welches als dieses Recht noch nicht entstanden ist (und vielleicht nie entstehen wird).“ Auch v. Tuhr [2] schließt sich dieser Ansicht an: „Genau genommen ist nach der Auffassung des Gesetzgebers (§§ 158, 163) vor Eintritt der Bedingung . . . auch die Forderung selbst noch nicht vorhanden, sondern nur eine Anwartschaft auf den Erwerb der Forderung.“ Ebenso nehmen Schollmeyer [3] und Enneccerus [4] an, daß bei einem supsensiv bedingten Rechtsgeschäft noch keine Forderung vorliegt, sondern erst mit dem Eintritt der Bedingung entsteht. Dem gefundenen Ergebnis widerspricht scheinbar das BGB. selbst; denn es redet von „bedingten Forderungen“ (z. B. §§ 1113, 1204). Das Gesetz aber wählt diese Ausdrucksweise nur, weil ein Bedürfnis besteht, die Anwartschaft des bedingt Berechtigten mit einem kurzen Ausdruck zu bezeichnen [5]. Damit will es aber keineswegs sagen, daß das Forderungsrecht bereits vor Eintritt der Bedingung entstanden sei.

Der Fall der bedingten Forderung ist also nicht ein Beweis dafür, daß die Forderung vor dem schuldrechtlichen Anspruch gegeben sei, sondern gerade für die Gleichzeitigkeit der Entstehung der Forderung und des schuldrechtlichen Anspruches; denn auch die Forderung gelangt erst mit dem Eintritt der Bedingung zur Entstehung [6].

Wir gehen nun zu den befristeten Rechtsgeschäften über. Es kommt nur der Fall in Betracht, in dem dem Rechtsgeschäft ein Anfangstermin gesetzt ist. Erst mit diesem Termin sollen die Rechtswirkungen eintreten, das befristete Rechtsgeschäft soll sich in seinem rechtsgeschäftlichen Tatbestande erst in jenem Augenblicke vollenden.

---

[1]) Vgl. Windscheid-Kipp I, S. 467, Anm. 13a.
[2]) Vgl. S. 263.
[3]) Vgl. S. 90,
[4]) Vgl. I, 1, S. 470/471.
[5]) Vgl, v. Tuhr, S. 263; Hellwig, S. 6/7.
[6]) Vgl. Moeller a. a. O.

Dies folgt aus der Verweisung des § 163 auf § 158 [1]). Es kommen die Regeln der aufschiebenden Bedingung zur Anwendung. Es tritt also auch hier ein Schwebezustand ein. Es wird wie bei der aufschiebenden Bedingung der Eintritt der Rechtswirkung noch ausgesetzt, die erst mit Eintritt des Termins gegeben ist. Auch hier ist weder die Forderung noch der Anspruch entstanden. Beide sollen erst mit dem zukünftigen gewissen Ereignisse entstehen [2]).

Im Gegensatz zu dem eben erörterten Fall von Befristung gibt es aber befristete Rechtsgeschäfte, bei denen trotz Setzens des Anfangstermines nach dem Willen der Parteien die Rechtswirkung des Geschäftes, des Forderungsrechtes sofort eintritt und nur die Geltendmachung dieser Wirkung hinausgeschoben wird [3]). In einem solchen Falle spricht man von einem betagten Rechtsgeschäft und wird auch das bereits entstandene Forderungsrecht, dessen Fälligkeit nur noch nicht eingetreten ist, im Gegensatz zu dem vorhin bestimmten, noch nicht entstandenen befristeten Forderungsrecht passend betagtes Forderungsrecht nennen [4]). Daß das betagte Forderungsrecht schon vor dem bestimmten Termine entstanden ist, ergibt sich auch aus den § 271, Abs. 2 und § 813, Abs. 2 [5]). Auch das praktische Leben bietet hierfür Beispiele. Es werden häufig Rechtsgeschäfte abgeschlossen, bei denen die gegenseitigen Pflichten sofort entstehen, dem Schuldner aber eine Frist für die Erfüllung gewährt werden soll. So wird meistens im Geschäftsverkehr bei größeren Warenkäufen dem Schuldner eine bestimmte Zahlungsfrist von vornherein gegeben. Ebenso wird häufig bei Darlehnshingaben vereinbart, daß das Darlehn z. B. erst in zwei Jahren zurückgezahlt werden soll. In beiden Fällen ist der Vertrag sofort in Wirksamkeit getreten, der Verkäufer erwirbt sofort den Anspruch

[1]) Vgl. Endemann, S. 389.
[2]) Vgl. Planck, I zu § 163; Moeller S. 40.
[3]) Vgl. Endemann, S. 389 f.; Engelmann, S. 120.
[4]) Vgl. Planck I, zum § 163; Moeller a. a. O.
[5]) Vgl. auch oben S. 29 f.

auf Zahlung, der Darlehnsgläubiger sofort den Anspruch auf Rückzahlung [1]). Daraus ergibt sich, daß auch der Anspruch von vornherein entstanden ist, nicht allein das Forderungsrecht. Im Sinne des BGB. sind also betagt die noch nicht fälligen Leistungen [2]). Es ist sowohl das Recht, die Forderung, als auch der Anspruch beim betagten Schuldverhältnis von vornherein entstanden, hinausgeschoben ist lediglich die Geltendmachung [3]).

Nach dem Gesagten bieten die beiden Begriffe keinen Unterschied. Alles, was sich von dem einen sagen läßt, trifft auch auf den anderen zu. Beide richten sich gegen eine bestimmte Person. Es gibt keinen Rechtssatz, welcher nicht auf beide Anwendung fände; beide entstehen zu gleicher Zeit; beide werden von der Fälligkeit, von der Nichtfälligkeit in gleichem Maße betroffen [4]), die Abtretung der Forderung umfaßt auch den Anspruch [5]).

Im Recht der Schuldverhälunisse ist das aus dem subjektiven Rechtsverhältnis hervorgehende einzelne Recht oder die Forderung mit dem persönlichen Anspruche identisch [6]).

Neuerdings lehnt auch v. Tuhr (S. 241 f.) eine Identität von Anspruch und Forderung ab. Zwar gibt er zu, daß der Inhalt des § 194 und der des § 241 BGB. einen solchen Schluß nahe legen und daß Anspruch und Forderung nahe verwandt seien. Aus Zweckmäßigkeitsgründen will er jedoch

---

[1]) Solche Vereinbarungen sind scharf von der Stundung einer Leistung zu scheiden. Denn bei der Stundung handelt es sich um bereits fällige Leistungen.

[2]) Vgl. Endemann, S. 390, Anm. 9.

[3]) Ebenso Langheineken, S. 51 ff.; Hellwig, S. 7; Endemann und Moeller a. a. O.

[4]) Vgl. Windscheid-Kipp I, S. 186, Anm. 6a.

[5]) Vgl. Enneccerus I, 1, S. 526.

[6]) Ebenso Leonhard, S. 199; Windscheid-Kipp I, S. 186, Anm. 6a; Windscheid actio, S. 39; Enneccerus I, 1 S. 522, Anm. 1, S. 526; Planck I S. 52, Endemann I, S. 452, S. 574; Crome, S. 180, Anm. 10; Eck, S. 204; Fischer-Henle, S. 111. Moeller, S. 42; Brückner a. a. O. A. A.: Staudinger I, S. 627; Dernburg I, S. 115, Anm. 5; Motive I, S. 291.

eine Gleichstellung nicht annehmen. Er erblickt in der Forderung einen weiteren Begriff, der einerseits den Anspruch, andererseits auch die Befugnis des Zugriffs auf das haftende Vermögen und gewisse Nebenbefugnisse des Gläubigers z. B. Kündigung der Forderung, Aufrechnung, Einrede usw. enthalte.

Hiergegen ist zunächst zu sagen, daß v. Tuhr unter Anspruch die absoluten und relativen Ansprüche versteht. Daß die absoluten Ansprüche der Forderung nicht gleichgestellt werden können, nehmen auch wir an. Zu dem Schluß, daß Forderung weiter als Anspruch sei, scheint v. Tuhr dadurch zu kommen, daß er im § 241 BGB. die Begriffsbestimmung des Schuldverhältnisses sieht. Er sagt; „die Definition des Anspruchs im § 194 deckt sich fast vollständig mit der des Schuldverhältnisses im § 241.“ Unterstützt wird diese Anschauung durch das Gesetz. Dieses braucht leider das Wort „Schuldverhältnis“ zur Bezeichnung der einzelnen Forderung, wie z. B. § 362 BGB ergibt, der vom Erlöschen des Schuldverhältnisses spricht, während zunächst nur die erfüllte Forderung gemeint ist [1]). Der § 241 BGB. enthält aber keineswegs eine Begriffsbestimmung des Schuldverhältnisses [2]), er sagt auch nicht, daß das Schuldverhältnis ein Anspruch, eine Forderung sei, sondern daß es einen solchen, eine solche begründe. Er sagt: „Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, eine Leistung zu fordern“ oder mit anderen Worten: Kraft des Schuldverhältnisses entsteht die Forderung, der schuldrechtliche Anspruch. Das Schuldverhältnis, nicht die Forderung erzeugt den schuldrechtlichen Anspruch und die Forderung. Das Schuldverhältnis ist umfassender als die Forderung [3]) Aus ihm entsteht der Anspruch, die Forderung, die Schuld. Wenn v. Tuhr zur Begründung seiner Lehre weiter sagt, der Anspruch sei nicht der ganze Inhalt

[1]) Vgl. Fischer-Henle, Anm. 1 zu § 362, S. 209.

[2]) Vgl. Siber S. 69 und S. 89.

[3]) Vgl. Oertmann, S. 2; vgl. auch Fischer-Henle, Anm. 5 zu § 241. A. A. Hellwig, S. 40.

der Forderung, das Gesetz sage ja auch im § 241 BGB., daß der Gläubiger kraft des Schuldverhältnisses die Leistung verlangen könne, nicht aber, daß das Schuldverhältnis dem Gläubiger außer dem Anspruch keine weiteren Befugnisse biete, so ist das ein weiterer Beweis dafür, daß er im § 241 die Begriffsbestimmung des Schuldverhältnisses sieht, obwohl er auch einmal ganz richtig sagt, er nenne Schuldverhältnis alle Rechtsbeziehungen, die sich aus einem Vertrage für die Parteien ergeben.

Die Ansicht v. Tuhrs, daß Kündigung der Forderung, Aufrechnung, Einrede usw. aus der Forderung hervorgehen, ist meines Erachtens irrig. Ich meine, daß auch diese Rechte nicht die Forderung, sondern das Schuldverhältnis zum Ursprunge haben [1]).

Aus dem Angeführten erhellt, daß v. Tuhr zu Unrecht die beiden Begriffe trennt, seine Ansicht konnte unser Ergebnis, daß der schuldrechtliche Anspruch und die Forderung identisch sind, nicht erschüttern.

Daß dieses so ist, betont auch Fischer (S. 89ff.). Er hat nachgewiesen, daß Anspruch und Forderung im Entwurf des Gesetzes gleich sind. Auch heute kann im Recht der Schuldverhältnisse jederzeit für Anspruch Forderung eingesetzt werden [2]). Langheineken führt aus [3]), daß beim persönlichen Rechte das Recht sich mit dem Anspruche deckt, eine begriffliche Gleichstellung aber will er nicht annehmen. Zuweit geht Hellwig [4]), wenn er sagt, daß die Ansprüche des § 194 — er versteht darunter die absoluten und relativen — dem Forderungsrechte gleich seien, denn bei den absoluten Rechten ist Recht und Anspruch niemals identisch.

Bevor wir zu dem weiteren Hauptteile unserer Arbeit übergehen, wollen wir noch einmal kurz das Ergebnis des bisherigen Teiles zusammenfassen. Wir sahen, daß das

[1]) Vgl. Hellwig, S. 5.
[2]) Vgl. z. B. die §§ 685, 846, 847.
[3]) S. 24.
[4]) S. 5ff.

Zurückbehaltungsrecht lediglich einen Sicherungszweck verfolgt; daß das BGB. einen einheitlichen Fälligkeitsbegriff kennt. Ferner wiesen wir nach, daß ein klagbarer Anspruch auf seiten des Schuldners zur Ausübung des Zurückbehaltungsrechts nicht erforderlich ist, und daß im Obligationenrechte Anspruch und Forderung identische Begriffe sind.

B. Wirkung der Verjährung auf den Anspruch.

§ 5.

Allgemeines über Gegenstand und Wirkung der Verjährung.

Um zu einer Beantwortung unserer Frage zu kommen, wird es unsere weitere Aufgabe sein, die rechtliche Natur einer verjährten Forderung zu untersuchen. § 194 lautet: „Das Recht von einem anderen, ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen (Anspruch), unterliegt der Verjährung".

Das BGB. unterwirft also den Anspruch der Verjährung. Da wir aber sahen, daß Anspruch und Forderung identisch sind, so können wir die Wirkung, welche die Verjährung auf den Anspruch ausübt, ohne weiteres auf die Forderung übertragen.

Wir wollen zunächst einen kurzen Überblick über die geschichtliche Entwicklung des Rechtsinstitutes der Verjährung geben und bei den einzelnen Entwicklungsstufen prüfen, ob ein Zurückbehaltungsrecht auf Grund einer verjährten Forderung zu gewähren ist.

Die Verjährung beruht darauf, daß sich niemand dem Einfluß der Zeit entziehen kann, auch das Recht ist ihm unterworfen. Es ist billig, daß tatsächliche Zustände, die einen gewissen Zeitraum hindurch bestanden haben, Anspruch auf rechtliche Anerkennung haben, oder daß Rechte, die lange nicht ausgeübt wurden, völlig oder zum Teil untergehen.

In Rom war Gegenstand der Verjährung die „actio". Was bedeutet nun der Ausdruck „actio"? Fischer[1]) definiert ihn folgendermaßen: „Actio ist die durch Rechtsnorm des ius civile oder des ius praetorium unter bestimmten Voraussetzungen gegebene Aussicht auf iudicium." Dieses Recht unterlag in Rom der Verjährung; machte der Berechtigte nicht innerhalb einer bestimmten Frist die „actio" geltend, so ging sie für ihn verloren.

Die eigentliche Klarstellung des Begriffes „actio" verdanken wir Windscheid[2]). Er fand, daß in dem Begriff „actio" ein doppeltes Moment enthalten sei. Er wies nach, daß neben „der Aussicht auf iudicium" auch die Berechtigung selbst in der actio enthalten ist. Wir haben in der actio sowohl ein privatrechtliches wie öffentlichrechtliches Moment, es sind hier Recht und Rechtsschutz vereinigt[3]).

Daß der Begriff „actio" neben seiner prozessualen Seite auch materiellrechtlich aufzufassen ist, ist wohl eine Folge davon, daß das römische Recht einen scharfen Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht wenigstens auf dem Gebiete des Zivilprozesses nicht kannte[4]) [5]).

Im alten Rom waren alle actiones perpetuae. Zeitlich beschränkt waren nur die servitutes durch nonusus und die Klagen des sponsor und fideipromissor[6]). Die letzteren waren durch die lex Furia auf ein biennium beschränkt. Die materiellrechtliche Wirkung des Zeitablaufes dieser lex ist die völlige Befreiung des sponsor. Die Bürgschafts-

---

[1]) S. 65.

[2]) Windscheid-Kipp, I § 43ff.; Windscheid, actio, S. 1ff.

[3]) Vgl. auch Fischer, S. 65ff.

[4]) Vgl. Fischer a. a. O.

[5]) Der Rechtsschutz beruht auf der mit der Berechtigung entstehenden actio. Heut ist eine solche actio, welche den Rechtsschutz erst verleiht, nicht mehr nötig. Denn heut ist an eine gültige Forderung der Rechtsschutz ohne weiteres geknüpft. Es ergibt sich dies daraus, daß der Rechtsschutz aus dem Privatrechte vollkommen beseitigt ist, daß man erkannt hat, daß der Rechtsschutz lediglich eine Aufgabe des öffentlichen Rechts, des Staates ist. Vgl. Fischer a. a. O.

[6]) Vgl. Heymann S. 13ff.

obligation ist vollkommen erloschen. Das biennium ex lege Furia und ebenso der Untergang der servitutes durch nonusus ist von Amts wegen zu beachten[1]).

Erst durch die Prätoren und Ädilen wurde für manche der von ihnen im Edikt proponierten Aktionen eine zeitliche Beschränkung eingeführt. Man nennt diese actiones temporales. Meist waren sie auf ein annus utilis beschränkt, und man bezeichnet diese actiones als annales[2]). So ist die Annalität für die actiones poenales die Regel. Wohl die meisten der auf ein annus utilis beschränkten Rechtsmittel sind Strafklagen, und es wird die beschränkte Dauer derselben zum allgemeinen Prinzip ausgesprochen[3]). Im Gegensatz zu den zeitlich beschränkten actiones stehen die, quae rei persecutionem habent und zeitlich unbeschränkt sind. Weitere Fälle der Annalität sind die Popularklagen[4]), die actio doli, die ädilizischen actio quanti minoris und actio redhibitoria, die actio de peculio und die actio rescissoria. Die zeitliche Begrenzung der actiones tempo-

[1]) Vgl. Heymann S. 19, 22.

[2]) Interessant ist die Feststellung, warum man gerade die Frist von einem Jahre gewählt hat. Das Amtsjahr des Prätors ist wohl weniger dafür vorbildlich gewesen, obwohl die Institutionen Justinians diesen Standpunkt vertreten; „eas vero (actiones), quae ex propria praetoris iurisdictione pendent, plerumque intra annum vivere (nam et ipsius praetoris intra annum erat imperium).“ (De perp. et. temp. actionibus usw. IV, 12.) Hiermit aber stimmt wenig überein, daß auch actiones poenales vom Prätor in perpetuum versprochen wurden (z. B. actio de effusis vel deiectis l 5, 5. D. 9, 3). Ferner finden wir bei den Interdikten, die aus derselben Rechtsquelle geflossen sind, diese zeitliche Beschränkung nicht (vgl. Klingmüller, Festgabe S. 39ff., obl. nat. S. 165). Wie wir erwähnten, waren die Hauptfälle der Annalklagen die actiones poenales. Es ist richtig, daß man die Frist von einem Jahre als aus dem innersten Wesen des Rechtsbegriffes der Privatstrafe entstanden ansieht; denn dem Rachegelüst des Menschen ist ein längeres Zögern fremd. Von hier wurde diese Frist auf die übrigen actiones temporales übertragen. Hierfür mag wohl noch der Gedanke maßgebend gewesen sein, daß sich auch die Natur und das gewöhnliche bürgerliche Leben in einem Jahre vollenden. Vgl. Klingmüller, Festgabe, S. 39ff., obl. nat. S. 165ff.; Demelius S. 26ff.

[3]) Vgl. Demelius S. 20.

[4]) Vgl. Heymann S. 29, 15.

rales wurde durch das Einfügen einer exceptio in die formula zum Ausdruck gebracht. Heymann[1]) scheidet zwei Gruppen von honorarischer Temporalität. Die erste Gruppe umfaßt nach ihm die Fälle, in denen die betreffende Prozeßformel von vornherein nur für bestimmte Zeit verheißen war. Auf diese Gruppe bezieht er die Worte der Edikte: „intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas fuerit, iudicium dabo“[2]). Die zweite Gruppe umfasse diejenigen Fälle, bei denen die zeitliche Begrenzung nicht auf ediktaler Verheißung beruhe, sondern ein Produkt der Wissenschaft sei.

Bezüglich sämtlicher Fälle der honorarischen Temporalität, sowohl der actiones temporales mit, als auch ohne ständige Annalklausel ist man sich heut in der Wissenschaft einig, daß sie als Legalbefristungen anzusehen sind[3]). Der Prätor gab sie von vornherein nur auf eine bestimmte Zeit, mit deren Ablauf sie erloschen sein sollten. Deswegen wurde die exceptio temporis ohne Antrag vom Prätor mitediert, die Befristung mußte von Amts wegen beachtet werden. Daraus folgt nun wieder der notwendige Schluß, daß auch das zugrunde liegende Recht nur innerhalb dieser Frist zur Entstehung gelangen konnte und nach Ablauf der Frist als nicht entstanden betrachtet werden mußte. Es war also auch das Recht befristet[4]).

Hieraus ergibt sich nun eine Beantwortung unserer Frage für die honorarische Temporalität und die früheren Fälle zeitlicher Beschränkung. Da mit Zeitablauf sowohl die actio, als auch das Recht erloschen war, die Verjährung von Amts wegen beachtet wurde, so ist dem Schuldner ein Zurückbehaltungsrecht auf Grund einer verjährten Forderung nicht zuzubilligen[5]).

[1]) S. 27/28.

[2]) Vgl. I 1 pr. D. 3, 6; l 1 D. 4, 6 usw.

[3]) Vgl. Heymann S. 13 ff.; Fischer § 9 und § 10; Klingmüller, Festgabe, S. 36 ff.; Demelius S. 12 ff., insbes. S. 51; Klingmüller, obl. nat. S. 165 f.; Brückner S. 3 ff.

[4]) Vgl. Brückner a. a. O.

[5]) Ebenso Brückner a. a. O.

Ebenso wird die Frage für die klassische Zeit zu beantworten sein; denn hier war die actio nur für eine bestimmte Zeit verheißen, nach deren Ablauf die actio und das zugrunde liegende Recht untergegangen war[1]). Auch hier brauchte der Beklagte die Verjährung nicht vorzuschützen.

Schwieriger ist die Beantwortung unserer Frage für die theodosianisch-justinianische Klagenverjährung. Es erheben sich hier gewichtige Fragen, die heut noch nicht geklärt sind. Ist in der durch Honorius und Arcadius im Jahre 424 eingeführten Klagenverjährung, die von Justinian rezipiert wurde, ein neues Institut zu sehen, das von einer Befristung zur wirklichen Verjährung fortgeschritten ist? Sollte jetzt auf einmal der Gedanke — dem bisherigen Recht war er fremd[2]) — maßgebend geworden sein, daß das Nichtausüben von seiten des Berechtigten und das dadurch bedingte Erlöschen der actio die Grundlage der Verjährung sei, oder sollten wir nicht vielmehr in der theodosianisch-justinianischen Aktionenverjährung ebenfalls nur Fälle gesetzlicher Befristung zu sehen haben? Die letztere Ansicht vertreten namentlich Windscheid-Kipp[3]), Heymann[4]), Fischer[5]) und Klingmüller[6]). Der ersteren Ansicht, daß nach Zeitablauf nur das Klagerecht, nicht auch das Recht erloschen sei und die Verjährung eine obligatio naturalis zurücklasse, sind u. a. Demelius[7]), Sohm[8]) und Brückner[9]). Nach ihnen soll also nur die prozessuale Seite der actio untergehen.

Es ist nicht richtig, jetzt das Erlöschen der actiones nicht als Folge ihrer Befristung, sondern als Folge der

[1]) Vgl. Klingmüller, Festgabe S. 37 ff.; Fischer S. 122; Brückner a. a. O.

[2]) Vgl. Windscheid-Kipp I § 105 Anm. 6; Heymann S. 14; Demelius S. 6, 17.

[3]) I § 105.

[4]) A. a. O.

[5]) A. a. O.

[6]) Festgabe S. 36 ff.

[7]) S. 5 ff.

[8]) S. 281 f.

[9]) A. a. O.

Versäumnis des Klägers anzusehen. Wenn auch als Ursprung für die theodosianische Aktionenverjährung die praescriptio longi temporis anzusehen ist, so rechtfertigt dies doch keineswegs den Schluß, daß dadurch ein neues Rechtsinstitut geschaffen werden sollte. Es ist vielmehr mit Heymann[1]) anzunehmen, daß zwar in erster Linie an die praescriptio longissimi temporis Konstantins gedacht wurde, daß andererseits aber dem Kaiser auch sämtliche Fälle der kaiserlichen und honorarischen Temporalität als ganz einheitliches Institut vorschwebten. Für diese Ansicht spricht meines Erachtens die von Heymann[2]) zitierte Stelle: Hae autem actiones annis triginta continuis extinguantur, quae perpetuae videbantur, non illae, quae antiquitus fixis temporibus limitantur (§ 3 c una C. Th. de ad. cert. temp. 4, 14 [§ 2 c 3 C. I. cit.])[3]). Es ergibt sich also, daß der Kaiser kein neues Institut schaffen, sondern lediglich ein bereits vorhandenes erweitern wollte. Sollte aber tatsächlich die von Theodosius geschaffte Aktionenverjährung auf dem Gedanken beruhen, daß die Zeitbestimmung nicht den Charakter einer Befristung tragen sollte und daß nach Zeitablauf das Recht in Form einer obligatio naturalis weiter bestehen sollte, so müßte sich hierfür irgendein Anhalt in den Konstitutionen finden, die die Einführung der neuen Aktionenverjährung behandeln. Das Gegenteil aber geht aus ihnen hervor[4]). So sagt die vorhin erwähnte Stelle ausdrücklich: „actiones extinguantur". Es soll nach 30 Jahren eine extinctio des Rechts eintreten, und zwar offenbar mit derselben Wirkung und in derselben Weise wie bei den alten Temporalklagen. Nach Zeitablauf soll der Rechtsstreit für immer geschlossen sein, es soll eine actio überhaupt nicht mehr existieren. Daß dies der Kaiser auch gemeint und gewollt hat, ergibt sich aus den bei Heymann[5]) angeführten Stellen: actiones triginta

[1]) Vgl. S. 54f. [2]) A. a. O.
[3]) Vgl. Klingmüller a. a. O.
[4]) Vgl. die Zusammenstellung bei Klingmüller, Festgabe a. a. O.
[5]) A. a. O. S. 56.

annorum iugi silentio . . . vivendi alterius non habent facultatem. — Post hanc vero temporis definitionem nulli movendi ulterius facultatem patere censemus[1]). Auch die späteren Kaiser haben die absolute Wirkung des Fristablaufs vertreten. So sagt Valentinian III (Nov. Valent. tit. XXVI § 53): . . . post triginta annorum curricula nulla deinceps actio moveatur. Et negotium, de quo per expressa tempora solemniter nemo pulsavit, novum nemo proponat . . . ut post triginta annos perniciosa omnium causarum propositio conquiescat, und Anastasius: cunctas quidem temporales exceptiones, quae ex vetere iure vel ex principalibus decretis descendunt . . . cum suo robore durare et suum cunctis et relig . . .[2]).

Es bleibt also nach dem Angeführten kein Raum mehr für die Auffassung, daß nach Zeitablauf eine obligatio naturalis zurückbleibe. Es ist ein Gegensatz in der Wirkung der theodosianisch-justinianischen Aktionenverjährung und der früheren Legalbefristung nicht auffindbar[3]). Auch bei ersterer ist mit dem Zeitablauf die actio und mit ihr das zugrunde liegende Recht erloschen. Es kann also auch in dieser Zeit von einem Zurückbehaltungsrechte auf Grund einer verjährten Forderung nicht die Rede sein[4]).

Die theodosianisch-justinianische Aktionenverjährung wurde unter dem Namen „Klagenverjährung“ mit in das gemeine Recht hinübergenommen.

Eine Änderung in der Bezeichnung trat auf Grund der Lehre Windscheids ein. Wir lesen bei ihm[5]): „actio ist der Ausdruck für dasjenige, was man von einem anderen verlangen kann; . . . actio ist der Ausdruck für den Anspruch;“ er sagt weiter: „die actio ist also anstatt des Anspruches. Jemand hat eine actio, heißt, . . . jemand

---

[1]) Vgl. Klingmüller, Festgabe a. a. O.; Fischer a. a. O.

[2]) Zitiert bei Klingmüller, Festgabe S. 47 ff.

[3]) Vgl. Klingmüller, Festgabe a. a. O. und obl. nat. S. 167.

[4]) A. A. Brückner a. a. O., da er das Fortbestehen der Forderung als obligatio naturalis annimmt.

[5]) Vgl. Windscheid, actio, S. 5 f.

hat einen Anspruch.“ Windscheid bezeichnet also die materielle Seite der actio mit Anspruch.

Als Folge seiner Lehre, daß unter der verjährten „actio“ schon bei den Römern nicht nur die Befugnis, das Gericht anzurufen, sondern die Berechtigung selbst zu verstehen sei, führte er an Stelle der alten Klagenverjährung den Ausdruck „Anspruchsverjährung“ ein[1]). Mit der Bezeichnung sollte auch das Institut geändert sein[2]).

Klarheit aber brachte diese Änderung in der Bezeichnung auch nicht. Es blieb nach wie vor lebhaft umstritten, ob die Verjährung lediglich das Klagerecht treffe, oder auch das zugrunde liegende Recht. Man war sich nur sicher, wie auch heut, daß die dinglichen Rechte von der Verjährung nicht betroffen wurden. Um so lebhafter war der Streit hinsichtlich der persönlichen Rechte, insbesondere bei den Forderungsrechten. Hier standen sich eine stärkere und eine schwächere Wirkung gegenüber[3]). Die Vertreter der stärkeren Wirkung[4]) betrachten den Anspruch als vollkommen vernichtet. Er könne keinerlei Wirkungen mehr ausüben. Die andere Partei[5]) beschränkt sich darauf, das Klagerecht allein verjähren zu lassen, während sie die Forderung als obligatio naturalis bestehen läßt.

Für das gemeine Recht ist unsere Frage verschieden zu beantworten. Folgt man der stärkeren Wirkung, so muß man das Forderungsrecht als erloschen betrachten. Es kann also hier von einer Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes aus einer verjährten Forderung nicht die Rede sein. Anders ist es, wenn wir der schwächeren Wirkung

---

[1]) Vgl. Windscheid, actio, S. 37 ff.

[2]) Vgl. Windscheid, actio, S. 41; Dernburg, Pand. I S. 337 f.; Dernburg I S. 573 ff.

[3]) Vgl. Klingmüller, obl. nat. S. 173 und die dort Angeführten.

[4]) Vgl. z. B. Windscheid-Kipp I § 112; Mot. I S. 341 ff.; Fischer S. 124 f.; RG. Bd. II S. 158, Bd. XXXIV S. 158.

[5]) Vgl. z. B. Savigny V § 248—251; Dernburg, Comp., S. 473 f.; Dernburg, Pand. I S. 335 ff.

folgen. Hier läßt man die Forderung trotz des Ablaufes der Zeit noch als obligatio naturalis weiter bestehen. Hier muß das Zurückbehaltungsrecht, das lediglich sichern soll und ein Institut der Billigkeit ist, dem Beklagten auf Grund einer verjährten Forderung zugestanden werden[1]).

§ 6.
Wirkung der Verjährung im BGB.

1. Der Anspruch bleibt bestehen, er wird nur mit einer Einrede behaftet.

Das BGB. hat die von Windscheid gefundene Bezeichnung „Anspruchsverjährung" mit übernommen (§ 194, Abs. 1), wenn es auch nicht ausdrücklich davon spricht; es macht aber in dem genannten Paragraphen den Anspruch zum Gegenstande der Verjährung. Welchen Einfluß nun die Verjährung auf den Anspruch ausübt, ist auch heute noch bestritten und wir wollen feststellen, welche Wirkung die Verjährung nach dem BGB. hat, ob dieses den Anspruch durch die Verjährung vollkommen beseitigt, oder ob es sich der schwächeren Wirkung anschließt. § 222 BGB. bestimmt die Wirkung der Verjährung dahin, daß der Verpflichtete berechtigt sein soll, die Leistung zu verweigern. Es entsteht also durch die Verjährung ein Leistungsverweigerungsrecht.

Im Gesetze zeigt ein verjährter Anspruch noch verschiedene Wirkungen, welche das Gesetz nicht annehmen könnte, wenn der Anspruch nicht mehr bestände. So kann nach § 222 Abs. 2 das zur Befriedigung eines verjährten Anspruches Geleistete nicht zurückgefordert werden, auch wenn die Leistung in Unkenntnis der Verjährung bewirkt worden ist. Diese Bestimmung ist eine Ausnahme von § 813, sie kann nur damit gerechtfertigt werden, daß das Gesetz auch die verjährte Forderung noch als einen ausreichenden Grund einer Leistung ansieht. Dadurch, daß

[1]) Vgl. Brückner a. a. O.

eine condictio indebiti ausgeschlossen ist, sieht der Gesetzgeber das Geleistete nicht als Schenkung an, sondern vielmehr als Befriedigung eines Anspruches; denn bestände dieser nicht mehr, so könnte das Gesetz die condictio indebiti nicht versagen [1]).

§ 222, Abs. 2 Satz 2 fährt dann fort: „Das Gleiche gilt von einem vertragsmäßigen Anerkenntnisse." Die Berufung auf die Verjährung wird ausgeschlossen, selbst wenn das Anerkenntnis in Unkenntnis über den Ablauf der Verjährungsfrist abgegeben worden ist.

Der § 222 bestimmt ferner: „Das Gleiche gilt von einer Sicherheitsleistung des Verpflichteten." Es ist demnach auch die Zurückforderung einer Sicherheitsleistung des Verpflichteten für den verjährten Anspruch, möge sie in Kenntnis oder Unkenntnis von dem Eintritte der Verjährung bewirkt worden sein, ausgeschlossen.

Einen weiteren Beweis für das Bestehenbleiben des Anspruches gibt § 223, Abs. 1 BGB.: „Die Verjährung eines Anspruches, für den eine Hypothek oder ein Pfandrecht besteht, hindert den Berechtigten nicht, seine Befriedigung aus dem verhafteten Gegenstande zu suchen." Die Verjährung des Anspruches läßt also Hypothek und Pfandrechte, welche zur Sicherung des Anspruches bestellt sind, unberührt, sie bleiben voll wirksam. Der Anspruchsberechtigte kann sich aus ihnen befriedigen, und in dieser Beziehung kann man sogar von einer zwangsweisen Erfüllung des verjährten Anspruches reden.

Eine weitere Wirkung des verjährten Anspruches ist, daß nach § 390, Satz 2 die verjährte Forderung auch nach dem Ablauf der Verjährungszeit zur Aufrechnung verwandt werden kann, wenn sie zu der Zeit, zu welcher die Aufrechnungsmöglichkeit entstand, noch nicht verjährt war.

Wenn der Anspruch noch die genannten Wirkungen äußern kann, so muß er auch bestehen bleiben. Die dar-

---

[1]) Vgl. Dernburg I S. 602; Endemann I S. 563; Weiß S. 83 ff.; v. Hoegen S. 30 ff.

gelegte Ansicht, daß das BGB. im Gegensatze zu den Motiven — diese wollten die stärkere Wirkung einführen, der Anspruch sollte ganz und gar vernichtet werden — die schwächere Wirkung angenommen hat, und daß der Anspruch trotz der abgelaufenen Verjährungszeit bestehen bleibt, ist die heut herrschende[1]).

Wie wir schon erwähnten, äußert im Obligationenrechte die Verjährung auf das Forderungsrecht dieselbe Wirkung wie auf den Anspruch, da die beiden Begriffe identisch sind; es bleibt also auch das Forderungsrecht, die Forderung nach der Verjährung bestehen.

Der Anspruch erfährt durch die Verjährung nur eine Abschwächung. Dem Gläubiger ist nur die Möglichkeit genommen, die Erfüllung der Verbindlichkeit zwangsweise durchzusetzen. Sollte der Gläubiger den Anspruch nach Ablauf der Zeit einklagen, so gibt, wie wir schon erwähnten, § 222 dem Schuldner Schutz in Gestalt einer peremtorischen Einrede, durch welche der Gläubiger abgewiesen wird. Aber auch das abweisende Urteil vernichtet den Anspruch nicht, sondern es besagt nur, daß die Geltendmachung wegen der entgegenstehenden Einrede unmöglich ist, und daß der Anspruch dauernd mit einer Einrede behaftet bleibt.

Weil nun eine zwangsweise Durchführung des Anspruches durch die Verjährung beseitigt ist, kommt Schäfer[2]), welcher unsere Frage behandelt, zur Verneinung derselben. Er sagt u. a.: Da das Zurückbehaltungsrecht einen Sicherungs- und Zwangszweck verfolge[3]), sei an einem verjährten Anspruche die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts unmöglich, weil dadurch der Gläubiger gezwungen werde, und

---

[1]) Vgl. Cosack I S. 262; Crome I S. 519; Dernburg I S. 601 ff.; Eck S. 212; Endemann S. 562 f., 586 Anm. 16; von Hoegen S. 28 ff.; Hellwig S. 13; Langheineken S. 166, 178, 343; Leonhard, 225; Planck I S. 332, 367; Regelsberger S. 328; Stammler S. 28, Weiß S. 83 ff.; Zitelmann S. 176; Enneccerus I S. 562 u. A. · A. A. Hellwig § 2; Hölder S. 406; Bucerius S. 126.

[2]) S. 437 ff.

[3]) Vgl. Zit. auf S. 21 d. Arb.

ein Zwang gerade durch die Verjährung ausgeschlossen sein solle. Dieser Schluß ist, da Schäfer dem Zurückbehaltungsrecht eine Zwangsfunktion beilegt, logisch richtig. Wir fanden aber oben, daß der wesentliche Zweck des Zurückbehaltungsrechts nach dem Gesetze nur die Sicherung des Schuldners ist. Durch eine Ausübung des Zurückbehaltungsrechts zwingt der Schuldner keineswegs den Gläubiger. Damit fällt die Behauptung Schäfers, da die Verjährung ja nur die zwangsweise Geltendmachung verhüten soll.

Auch Simon[1]) hält die verjährte Forderung zur Ausübung des Zurückbehaltungsrechts ungeeignet, weil dem Gesetzgeber jeder Zwang zur Beitreibung fremd sei, und das Zurückbehaltungsrecht zwinge. Hier gilt das zu Schäfer Bemerkte.

2. Der Anspruch bleibt auch fällig.

Wir sahen, daß die Verjährung den Anspruch bestehen läßt; entspricht nun aber ein mit der Verjährungseinrede behafteter Anspruch dem Erfordernis der Fälligkeit im § 273? Bei Betrachtung des Fälligkeitsbegriffes wiesen wir schon nach, daß eine dem Anspruch entgegenstehende Einrede dessen Fälligkeit unberührt läßt. Es soll nun versucht werden, dies näher bei der Verjährungseinrede darzutun. Wir fanden, daß es im BGB. einen einheitlichen Fälligkeitsbegriff gibt; das BGB. nennt einen Anspruch dann fällig, wenn der Zeitpunkt eingetreten ist, von dem an der Gläubiger ihn verlangen kann. Und verjährt ist ein Anspruch, wenn der Berechtigte innerhalb einer bestimmten Zeit den Anspruch nicht geltend gemacht hat; als Wirkung der Verjährung fanden wir, daß der Anspruch zwar bestehen bleibt, der Gläubiger sich aber zwangsweise Befriedigung nicht mehr verschaffen kann, da der Schuldner durch Vorschützen der Verjährung die Abweisung des Gläubigers nach § 222 Abs. 1 durchsetzen kann. Für die

[1]) S. 65.

Fälligkeit eines Anspruches ergab sich das wesentliche Merkmal, daß der Anspruch den oben bestimmten Zeitpunkt erreicht haben muß. Bleibt nun der einmal fällige Anspruch trotz der Verjährung weiter bestehen, so kann er auch die Eigenschaft der Fälligkeit nicht verlieren. Ein verjährter Anspruch bleibt also fällig [1] [2]).

Anderer Ansicht ist Langheineken. Er führt aus, daß § 273 einen fälligen Gegenanspruch verlange und daß die dem Anspruch entgegenstehenden Einreden das Zurückbehaltungsrecht ausschließen. Er verneint deshalb unsere Frage, weil insbesondere auch die entgegenstehende Verjährungseinrede die Fälligkeit des Anspruches aufhebe und so das Zurückbehaltungsrecht zerstöre. Auch Planck [3]) schließt das Zurückbehaltungsrecht aus demselben Grunde aus, ebenso Simon [4]) und Schäfer [5]), welcher behauptet, daß ein verjährter Anspruch nicht mehr fällig sei; denn Fälligkeit bedeute, daß der Anspruch einredefrei und klagbar sein müsse; ein einredebehafteter Anspruch sei ferner kein Anspruch mehr im Sinne des Gesetzes.

Hiergegen ist zu bemerken: Die Fälligkeit eines Anspruches wird, wie wir bei Betrachtung des Fälligkeitsbegriffes sahen, durch entgegenstehende Einreden nicht aufgehoben. Der Anspruch bleibt trotz der Verjährungseinrede fällig und somit geeignet zur Ausübung des Zurückbehaltungsrechts. Schäfer verlangt auch Klagbarkeit des Anspruches; ein verjährter Anspruch bleibt nun klagbar, wie wir noch sehen werden, und wenn Schäfer weiter sagt, daß der einredebehaftete Anspruch kein Anspruch mehr sei, so ist dies falsch. Wir wiesen oben schon nach, daß Einreden den Anspruch bestehen lassen, und zuletzt, daß die Verjährung den Bestand des Anspruches nicht berührt.

[1]) Dies ergibt sich auch aus einem Vergleich der §§ 223 Abs. 1d un 1228 Abs. 2 BGB.

[2]) Vgl. Breuer S. 45; OLG., Bd. VI, S.91, 330.

[3]) II S. 63.

[4]) S. 65.

[5]) S. 367 ff.

§ 7.

Die verjährte Forderung ist keine natürliche Verbindlichkeit.

Bei Dernburg [1]) lesen wir; „Der Gegenanspruch muß eine Forderung und zwar in der Regel eine klagbare sein ... Eine Spielschuld kann ein Zurückbehaltungsrecht nicht rechtfertigen, ebensowenig eine verjährte Forderung." Derselben Ansicht, daß eine verjährte Forderung eine natürliche Verbindlichkeit und daher klaglos sei und zum Zurückbehaltungsrecht nicht berechtige, sind neben den bereits erwähnten Gründen auch Planck [2]), Schäfer [3]) und Simon [4]).

Um zu prüfen, ob diese Meinungen richtig sind, wird sich hier passend die Betrachtung anschließen, ob die verjährte Forderung eine obligatio naturalis zurückläßt oder nicht.

Das BGB. kennt natürliche Verbindlichkeiten im Sinne des römischen Rechts nicht. Wir finden aber im BGB. Schuldverhältnisse, denen „der Zwangschutz der Klage" [5]) fehlt, während nach dem BGB. sonst jede Forderung dem Gläubiger einen klagbaren Anspruch auf Leistung gibt [6]). Diese Verbindlichkeiten mit schwächerer Wirkung nennt die Literatur „natürliche Verbindlichkeiten", „natürliche Verpflichtungen", „unvollkommene Schuldverhältnisse" und stellt sie auf gleiche Stufe mit der römischen obligatio naturalis [7]). Das Wesen dieser natürlichen Verbindlichkeiten besteht darin, daß sie nicht eingeklagt werden können. Deshalb muß der Mangel der Klagbarkeit stets von Amts

---

[1]) II S. 145 und Anm. 7.

[2]) II S. 63.

[3]) S. 437 ff.

[4]) S. 65.

[5]) Crome I S. 14 ff.

[6]) Crome a. a. O.

[7]) Vgl. z. B. Stammler S. 26 fg.; Endemann I S. 564, 588; Dernburg, Bd. II S. 12 ff.; Crome II S. 14 ff.; Staudinger II S. 10 f.; Langheineken S. 183 ff. und die bei Klingmüller obl. nat. S. 212 Genannten.

wegen berücksichtigt werden [1]). Zu den natürlichen Verbindlichkeiten rechnet man hauptsächlich die Spiel- und Wettverträge, die Lotterie- und Ausspielverträge, welche vom Staate nicht genehmigt sind, die Differenzgeschäfte (§§ 762—764) und den Ehemäklervertrag (§ 656) [2]).

Wenn die oben genannten Autoren bei diesen das Zurückbehaltungsrecht ablehnen, so ist dies richtig; auch wir nehmen ein solches Zurückbehaltungsrecht nicht an aber mit anderer Begründung. Die genannten weisen das Zurückbehaltungsrecht wegen Klaglosigkeit der Ansprüche ab. Klagbarkeit erfordert nun das Zurückbehaltungsrecht nicht [3]), wohl aber einen Anspruch, und dieser ist bei den natürlichen Verbindlichkeiten nicht vorhanden. Denn wie das Gesetz selbst sagt, wird eine Verbindlichkeit durch dieselben nicht begründet [4]). Was nun das BGB. von der Seite des Berechtigten mit Anspruch bezeichnet, nennt es von der Seite des Verpflichteten Verbindlichkeit. Verbindlichkeit ist die Kehrseite des Anspruchs [5]). Sie sind beide voneinander abhängig; wo keine Verbindlichkeit entsteht, da gibt es auch keinen Anspruch [6]). Weil kein Anspruch vorhanden ist, ist bei den genannten natürlichen Verbindlichkeiten das Zurückbehaltungsrecht auszuschließen [7]).

---

[1]) Vgl. Endemann I S. 586 Anm. 13; Crome II S. 14 ff.; Weiß S. 87 v. Hoegen S. 50.

[2]) Vgl. z. B. Endemann, Staudinger, Crome, Dernburg a. a. O.

[3]) Vgl. oben S. 31 f.

[4]) Hier ergibt sich zwischen den sogenannten natürlichen Verbindlichkeiten des BGB. und der obligatio naturalis des römischen Rechts ein scharfer Gegensatz; denn die obligationes naturales des römischen Rechts sind begrifflich eine Unterart von Schuldverhältnissen, erzeugen also auch Verbindlichkeiten, während dies im BGB. nicht der Fall ist.

[5]) Vgl. Schlegelberger S. 146.

[6]) Vgl. Hellwig S. 5/6; Schlegelberger a. a. O.; Breuer S. 43; Albrecht S. 12 f.

[7]) Ebenso kann von einem Zurückbehaltungsrecht nicht die Rede sein, wenn dem Gegenanspruch eine sittliche Pflicht oder eine auf den Anstand zu nehmende Rücksicht zugrunde liegt. Denn ein rechtsgeschäftlicher Ver-

1. Sie ist nicht von Amts wegen zu beachten.

Zu den natürlichen Verbindlichkeiten rechnen noch viele — mit Unrecht wie wir sehen werden — die verjährte Forderung[1]). Meiner Ansicht nach nun ist die verjährte Forderung keineswegs eine natürliche Verbindlichkeit. Ihre Wirkungen sind bedeutend stärker. Wir fanden oben, daß die natürlichen Verbindlichkeiten immer von Amts wegen berücksichtigt werden müssen. Ist dieses nun bei der Verjährung auch der Fall?

Es erfordert dies eine besondere Untersuchung. Im gemeinen Recht war es sehr bestritten, ob der Richter die Verjährung von Amts wegen zu beachten habe, oder nur dann, wenn der Beklagte sich auf die Verjährung berufe. Da das BGB. in dieser Frage eine endgültige Entscheidung gibt, so sei von einer Prüfung der beiden Meinungen abgesehen. Die Entscheidung des BGB. liegt darin, daß es die Verjährung als eine Einrede normiert. Solange der Schuldner die Einrede nicht vorbringt, bleibt er verpflichtet. Es steht ganz in seiner Gewalt[2]), von der Verjährungseinrede Gebrauch zu machen, um den Gegner zurückzuweisen. Kommt es zum Prozesse und der Schuldner bringt die Einrede nicht vor, so darf der Richter selbst dann, wenn ihm genau bekannt ist, daß der eingeklagte Anspruch verjährt ist, ihn nicht berücksichtigen und muß den Schuldner verurteilen. Es ergibt sich dies auch aus dem Prinzip der Verhandlungsmaxime, welche unseren Prozeß beherrscht. Der Richter darf nur die Tatsachen beachten, welche die Parteien vorbringen, sie zu ergänzen steht ihm nicht zu. Einen weiteren Grund finden wir im Zweck der Verjährung; dieser besteht darin, dem Schuldner

---

pflichtungswille ist hier zu verneinen, es ist kein Schuldverhältnis vorhanden (vgl. Crome II 1 S. 20), also auch kein Anspruch, der zur Begründung eines Zurückbehaltungsrechtes ausreichen würde. Vgl. Schlegelberger S. 146.

[1]) Vgl. z. B. Dernburg, Staudinger, Planck, Stammler, Schäfer, Simon a. a. O.; Enneccerus S. 546.

[2]) Vgl. Crome I S. 520; Langheineken S. 285; Weiß S. 93.

Schutz zu gewähren. Die Motive (I S. 291) sagen hierzu: „Der Schwerpunkt der Verjährung liegt nicht darin, daß dem Berechtigten sein gutes Recht entzogen, sondern darin, daß dem Verpflichteten ein Schutzmittel gegeben wird, gegen voraussichtlich unberechtigte Ansprüche ohne ein Eingehen auf die Sache sich zu verteidigen. Die Verjährung ist das Mittel zum Zwecke, nicht Selbstzweck. Geschieht im einzelnen Falle der materiellen Gerechtigkeit Eintrag, so ist dies ein Opfer, das der Betroffene dem Gemeinwohl bringen muß.“ Daraus ergibt sich, daß der Schuldner nicht gezwungen werden kann, die Wohltat des Gesetzes anzunehmen; es muß in seinem Belieben stehen, die Einrede vorzubringen oder nicht[1]). Die Motive (I S. 341) begründen dies auf folgende Weise: „Die Wirkung der vollendeten Verjährung ist keine unmittelbare. Der in ihr liegende Schutz vor Behelligung mit einem alten Anspruch wird nur gewährt, soweit ein Bedürfnis vorhanden ist . . . Das bei der Verjährung gleichzeitig obwaltende Interesse ist zur Genüge gewahrt, wenn der einzelne jederzeit in der Lage ist, auf die Verjährung sich zu berufen und so seine Befreiung zu erzielen.“ Aus den genannten Gründen darf die Verjährungseinrede nur beachtet werden, wenn der Berechtigte sich auf sie beruft. Die hier vertretene Auffassung ist die allgemein anerkannte[2]).

Ein Unterschied zwischen einer verjährten Forderung und einer natürlichen Verbindlichkeit ergibt sich schon hier: Die natürliche Verbindlichkeit ist von Amts wegen zu beachten, die verjährte Forderung dagegen nicht.

2. Sie ist klagbar.

Außerdem ist die verjährte Forderung keineswegs eine klaglose. Ihr tritt, wie wir sahen, nur eine Einrede ent-

[1]) Vgl. Mot. I S. 341.

[2]) Vgl. Mot. I S. 341; Dernburg I S. 601, II S. 11ff.; Endemann S. 553 Anm. 6; Leonhard S. 247; Crome I S. 520; Eck S. 203f.; Langheineken S. 351f.; Kuhlenbeck S. 564; Weiß S. 86f.; v. Hoegen S. 5; Schlegelberger S. 147; Albrecht S. 13; Enneccerus I S. 537, 562. A. A. Hölder, S. 447 u. Hölder Arch. S. 111; vgl. auch Fischer S. 124f.

gegen, und der Gläubiger kann sie jederzeit einklagen; er dringt sogar trotz der Verjährung mit seiner Klage durch, wenn der Schuldner von seiner Einrede keinen Gebrauch macht. Die verjährte Forderung bleibt klagbar[1]), der Schuldner kann sie nur verweigern, die Schuld wird nicht von der Verjährung betroffen, es fällt nur die Haftung für dieselbe weg[2]). Wir sehen, daß der verjährten Forderung die erste Voraussetzung der natürlichen Verbindlichkeiten, die Klaglosigkeit, fehlt.

Die verjährte Forderung äußert auch noch andere Wirkungen, welche den natürlichen Verbindlichkeiten fehlen. So ist bei ersterer wirksam, wie oben schon gezeigt, das vertragliche Anerkenntnis und die Sicherung durch Pfand und Bürgschaft. Selbst die Aufrechnung ist unter bestimmten Voraussetzungen zugelassen. Die einzige Ähnlichkeit, welche die verjährte Forderung mit den sogenannten natürlichen Verbindlichkeiten hat, ist, daß im Falle der Leistung keine condictio indebiti gegeben ist. Es ergibt sich demnach, daß die verjährte Forderung nicht als bloße obligatio naturalis weiter bestehen bleibt, sondern, daß sie kraftvoller als diese ist[3]).

Die oben dargelegte Ansicht von Dernburg, Plánck und Schäfer ist also nicht richtig. Selbst wenn wir annähmen, daß die verjährte Forderung eine obligatio naturalis und also klaglos wäre, so könnten wir an ihr doch ein Zurückbehaltungsrecht zulassen, da der Anspruch — dieser ist bei der verjährten Forderung im Gegensatze zu den übrigen natürlichen Verbindlichkeiten ja vorhanden —, auf Grund dessen zurückbehalten wird, nicht klagbar sein braucht[4]).

---

[1]) Vgl. Windscheid-Kipp II S. 193; Hellwig S. 13.

[2]) Vgl. Staudinger I S. 619ff.

[3]) Vgl. Windscheid-Kipp a. a. O.; Langheineken S. 189; Hellwig S. 13 Anm. 22; Crome II S. 16f.; Cosack I S. 303; Zitelmann S. 176; v. Hoegen S. 49f.; Weiß S. 83ff.; Schlegelberger S. 146; Siber S. 49; Brückner a. a. O.

[4]) Vgl. ob. S. 31f.

§ 8.

Einfluß der Verjährung auf Einreden, welche sich auf den verjährten Anspruch gründen.

Als weiteren Grund für die Verneinung unserer Frage bezeichnet Oertmann [1]), welcher das Zurückbehaltungsrecht an einer verjährten Forderung von vornherein zuläßt, den Umstand, daß der Einrede aus § 273 die Replik der Verjährung entgegenstehe und somit auch das Zurückbehaltungsrecht in unserem Falle abzulehnen sei. Ist nun diese Ansicht Oertmanns — anders formuliert —, daß Einreden, insbesondere die Einrede aus § 273 von der Verjährung des zugrunde liegenden Anspruches betroffen werden, richtig? Wir werden zur Verneinung der Frage kommen.

Schon im römischen Recht galt der Satz: „Quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua [2])". — Hier waren, da die Verjährung nur die „actio" vernichtete, die Einreden der Verjährung nicht unterworfen.

Im gemeinen Recht wurde dieser Satz nicht allgemein anerkannt. Man lehrte, daß Einreden, welche einen Anspruch geltend machen, mit diesem verjähren. Diesen Standpunkt vertritt namentlich Windscheid [3]). Nach ihm verjähren Einreden, welche auf einem obligationenrechtlichen Anspruche beruhen, mit diesem. Nur wenn die Einrede neben der Obligation eine selbständige Existenz habe, so werde sie von der Verjährung der zugrunde liegenden Obligation nicht betroffen. Auch das Reichsgericht [4]) folgte in dieser Anschauung Windscheid. Ebenso die Motive [5]). Hier heißt es: „Gründet sich der die Geltendmachung eines Anspruches in Form der Einrede ausschließende Umstand in einem der Verjährung unterworfenen Rechte,

[1]) S. 75 f.

[2]) Vgl. Savigny, Bd. V § 253 ff.; Dernburg, Pand. I S 150 Anm. 8 Crome I S. 505 Anm. 9.

[3]) Vgl. Windscheid-Kipp I § 112.

[4]) Vgl. RG. Bd. II S. 158.

[5]) I S. 291.

so hat die Verjährung des Rechts auch den Verlust der Einrede zur Folge . . .“

„Soweit Einreden eine selbständige Bedeutung zukommt, unterliegen sie der Verjährung nicht.“

Das BGB. selbst gibt eine bestimmte Entscheidung in dieser Frage nicht. Infolgedessen ist sie immer noch bestritten. Wir finden auch heute Autoren, welche die Ansicht Windscheids teilen und eine Nichtverjährung der Einreden im Obligationenrechte nur annehmen, wenn sie selbständig sind, sonst aber der Einrede eine Replik der Verjährung entgegenstellen[1]).

Ich bin nun der Ansicht, daß diese Lehre nicht richtig ist, sondern glaube vielmehr, daß alle Einreden von der Verjährung befreit sind. Wir fanden, daß alle Einreden als selbständige Gegenrechte zur Weigerung der Leistung entstehen. Gegenstand der Einrede ist also die Verweigerung der Leistung. Nach § 194 BGB. unterliegt aber der Verjährung der Anspruch, d. h. das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. Ein Tun oder Unterlassen aber ist nicht Gegenstand der Einrede, die Einrede hat nur den Schutz, die Verteidigung des Einredeberechtigten zum Gegenstande[2]). Die Einrede kann also nicht Gegenstand der Verjährung sein, da diese einen Anspruch verlangt. Hierfür spricht auch, daß der Berechtigte die Einreden nicht lediglich nach seinem Belieben geltend machen kann, sondern sie nur dann anwenden kann, wenn der Gläubiger die einredebehaftete Leistung geltend macht[3]). Einen weiteren Grund für unsere Auffassung finden wir auch darin, das es ganz inkonsequent wäre, die Verjährungseinrede selbst verjähren zu lassen; denn damit wäre der Zweck der Verjährung, einen durch längere Zeit hindurch tatsächlich bestehenden Zustand aus

[1]) Vgl. Langheineken S. 179; Oertmann S. 75; Cosack I S. 264, 265. Auch Enneccerus S. 564 ist dieser Meinung; nach ihm aber ist die Einrede selten keine selbständige, so daß er regelmäßig Einreden nicht verjähren läßt.

[2]) Vgl. Dernburg I S. 604.

[3]) Vgl. Leonhard S. 231; Eneccerus I S. 564.

Gründen des Rechtsfriedens zu einem Rechtszustand zu machen, ihn zu schützen, beseitigt. Gerade die Einrede soll diesen Schutz gewähren, der dann mit ihr fallen müßte; nähmen wir eine Verjährung der Einrede an, so wäre das ganze Institut der Verjährung ganz unhaltbar.

Wir haben im BGB. zwei Paragraphen, §§ 821, 853, welche neben der Verjährung der Ansprüche die Einreden bestehen lassen, aber aus diesen Einzelbestimmungen können wir nicht den Schluß ziehen, daß es bei allen anderen Einreden ebenso sein müsse[1]). Umgekehrt haben wir im § 478 BGB. einen Fall, in dem die Einrede des Käufers wegen Mängel der Kaufsache durch die Verjährung des Anspruches wegen Mängel erlischt, wenn der Käufer nicht rechtzeitig dem Verkäufer den Mangel anzeigt. Diese Bestimmung aber kann auch nicht den Schluß rechtfertigen, daß nach dem BGB. Einreden in der Regel verjähren sollen[2]).

Wir finden im Gesetz also weder eine allgemeine Entscheidung, welche die Verjährung aller Einreden normiert, noch eine solche, welche das Gegenteil bestimmt. Wir können demnach aus den obengenannten Gründen annehmen, daß im BGB. trotz des abweichenden Inhaltes der Motive es der Gerechtigkeit entspricht[3]), daß alle Einreden als unverjährbar anzunehmen sind, und daß Einreden nur verjähren, wenn das Gesetz es ausdrücklich bestimmt[4]).

Dementsprechend wird also die Einrede des Zurückbehaltungsrechts trotz Verjährung des zugrunde liegenden Anspruches in ihrem Bestande nicht berührt, und es steht ihr keine Replik der Verjährung entgegen, wie Oertmann behauptet. Bezüglich des Zurückbehaltungsrechts kommen auch Gegner der hier vertretenen Meinung zum Schluß,

---

[1]) Vgl. Dernburg I S. 604; Abegg S. 73.

[2]) Vgl. Dernburg a. a. O.

[3]) Vgl. Dernburg a. a. O.

[4]) Vgl. Dernburg, Pand. I § 150; Dernburg I S. 603ff.; Crome I S. 504 Anm. 3, S. 505; Abegg S. 70ff.; Staudinger I S. 631ff.; Eck S. 212; Leonhard S. 231; Fischer-Henle zu § 194 Anm. 2.

daß sie unverjährbar sei, da sie eine selbständige sei. Es sei also in diesem Falle eine Replik der Verjährung ausgeschlossen [1]).

C. Ergebnis und Stand der Frage in der Literatur.

Im zweiten Teile unserer Arbeit fanden wir, daß die Verjährung die Forderung bestehen läßt, daß sie nur mit einer Einrede behaftet wird, durch welche eine zwangsweise Geltendmachung ausgeschlossen wird und daß eine verjährte Forderung fällig bleibt. Auch wiesen wir nach, daß die Einrede aus dem § 273 BGB. von der Verjährung der zugrunde liegenden Forderung unberührt bleibt.

Nach diesen Ausführungen können wir nunmehr zur Beantwortung der uns gestellten Frage übergehen.

§ 273 Abs. 1 BGB. lautet: „Hat der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältnisse, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger, so kann er . . . die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird (Zurückbehaltungsrecht)."

Voraussetzung war, daß dasselbe rechtliche Verhältnis vorliegt. Anspruch ist identisch mit Forderung. Eine verjährte Forderung bleibt bestehen und fällig. Dem Erfordernis eines „fälligen Anspruches" genügt also eine verjährte Forderung. Da ferner die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts den Schuldner nur sichern soll, so kann von einer zwangsweisen Geltendmachung der verjährten Forderung, welche allein das Gesetz verbietet, nicht die Rede sein.

Es steht also nichts im Wege, dem Schuldner das Zurückbehaltungsrecht auf Grund einer verjährten Forderung zu gewähren.

---

[1]) Vgl. Planck I S. 369; Regelsberger S. 328ff.

In der Literatur wird das gefundene Ergebnis gebilligt von Albrecht[1]), Breuer[2]), Enneccerus[3]), Fischer-Henle[4]), Rehbein[5]), Regelsberger[6]), Rieger[7]), Schlegelberger[8]), Schollmeyer[9]), Staudinger[10]) und Brückner[11]). Auch das OLG. Hamburg läßt ein Zurückbehaltungsrecht auf Grund einer verjährten Forderung zu[12]).

Im wesentlichen kommen die meisten aus den Gründen, welche wir anführten (vgl. die Zit.), zur Bejahung. Nur bei Fischer-Henle finden wir das bloße Ergebnis und Kuhlenbeck in Staudingers Kommentar kommt zur Bejahung auf Grund einer Analogie aus dem § 390 Satz 2. Diese Analogie ist meiner Ansicht nach nicht zulässig, da das Zurückbehaltungsrecht und die Aufrechnung zwei ganz verschiedene Institute sind. Sie haben zwar Ähnlichkeit miteinander. Bei beiden wird die geschuldete Leistung wegen eines Gegenanspruches zurückbehalten, und beide führen zu einer endgültigen Regelung. Aber während die Aufrechnung Gleichartigkeit der Ansprüche verlangt, ist dies beim Zurückbehaltungsrecht nicht der Fall. Auch der Grundgedanke beider Rechtsinstitute ist verschieden. Bei der Aufrechnung gelten die Forderungen, soweit sie sich decken, als erloschen (§ 389 BGB.), beim Zurückbehaltungsrecht ist dagegen von einer Aufhebung der beiden Ansprüche keine Rede, sie bleiben vielmehr weiter bestehen, nur die Tilgung des einen wird von der des anderen abhängig gemacht[13]).

Mit unserem Ergebnisse stimmen nicht überein und lehnen ein Zurückbehaltungsrecht an einer verjährten Forderung ab Dernburg[14]), Endemann[15]), Langheineken[16]), Oertmann[17]), Planck[18]), Schäfer[19]), Schoenenberg[20]) und Simon[21]).

---

[1]) S. 13. — [2]) S. 43. — [3]) I 2 S. 64. — [4]) S. 161 Anm. 3. — [5]) S. 91. [6]) S. 334. — [7]) S. 24. — [8]) S. 147. — [9]) S. 90. — [10]) Bd. II S. 119. — [11]) A. a. O. [12]) OLG. Bd. VI S. 91. — [13]) Vgl. Dernburg, Komp. S. 365 ff.; Langheineken S. 329; Schlegelberger S. 134 ff.; Schäfer a. a. O. — [14]) II S. 145 Anm. 7. [15]) I S. 712 (ohne nähere Begründung). — [16]) S. 330. — [17]) S. 75. — [18]) II S. 63. [19]) S. 437 ff. — [20]) S. 50 ff. (Dieser schöpft seine wenig überzeugenden Gegengründe aus der „ratio“ des Verjährungsinstituts.) — [21]) S. 65 ff.

Lebenslauf.

Geboren bin ich, Joseph Veit, katholischer Konfession, preußischer Staatsangehörigkeit, am 5. November 1886 zu Hohndorf, Kreis Habelschwerdt in Schlesien, als Sohn des Rittergutsbesitzers Joseph Veit und seiner Frau Anna, geb. Zarecky. Meine Gymnasialbildung erhielt ich auf der höheren Knabenschule zu Neurode und auf dem Gymnasium zu Glatz in Schlesien, das ich Ostern 1906 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ich widmete mich zunächst der praktischen Landwirtschaft auf dem Gute meiner Eltern, wandte mich dann dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften zu und wurde im Herbst 1906 an der Universität zu Berlin und im Herbst 1908 an der Universität zu Breslau immatrikuliert. Am 17. November 1910 bestand ich in Breslau die erste juristische Staatsprüfung. Meinen Vorbereitungsdienst begann ich am 6. Januar 1911 bei dem Königlichen Amtsgericht in Neusalz a. O. Am 31. Januar 1911 bestand ich das mündliche Doktorexamen. Gegenwärtig bin ich am Königlichen Landgericht in Neisse in Schlesien beschäftigt.

Druck von C. Schulze & Co., G. m. b. H., Gräfenhainichen.